

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

FERNANDO AUGUSTO DO LIVRAMENTO

**O DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO GRATUITO DE
MEDICAMENTOS . UM ESTUDO DO DIREITO FUNDAMENTAL A
SAÚDE, PELA ANÁLISE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE PLEITEIA
OS ANÁLOGOS DE INSULINA, FRENTE AS AÇÕES INDIVIDUAIS
QUE BUSCAM O MESMO MEDICAMENTO.**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

FERNANDO AUGUSTO DO LIVRAMENTO

**O DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO GRATUITO DE
MEDICAMENTOS . UM ESTUDO DO DIREITO FUNDAMENTAL A
SAÚDE, PELA ANÁLISE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE PLEITEIA
OS ANÁLOGOS DE INSULINA, FRENTE AS AÇÕES INDIVIDUAIS
QUE BUSCAM O MESMO MEDICAMENTO.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. (a) MSc. Sheila Martignago Saleh

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

FERNANDO AUGUSTO DO LIVRAMENTO

**O DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO GRATUITO DE
MEDICAMENTOS . UM ESTUDO DO DIREITO FUNDAMENTAL A
SAÚDE, PELA ANÁLISE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE PLEITEIA
OS ANÁLOGOS DE INSULINA, FRENTE AS AÇÕES INDIVIDUAIS
QUE BUSCAM O MESMO MEDICAMENTO.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de bacharel, no Curso de direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC, com Linha de Pesquisa em ciências
sociais aplicadas.

Criciúma, 28 de Junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. (a) Sheila Martignago Saleh – Mestre - UNESC - Orientadora

Prof. (a) Geralda Magela de Faria - Mestre - UNESC

Prof. Fabrício Guinzani – Especialista - UNESC

Dedico este trabalho à minha esposa e aos meus filhos, pelo constante apoio e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela vida, fé e a possibilidade de evoluir a cada dia.

A minha esposa Andreza, por entender que nossos anseios sempre vem precedidos de muito esforço e muita luta, além da dedicação, apoio e paciência que só o amor possibilita.

Ao meu filho e melhor amigo, Gustavo que preenche e justifica cada segundo da minha vida, sendo meu maior motivo para vencer este desafio.

Ao meu filho do coração Fabrício, que me fez experimentar e entender o verdadeiro sentimento de ser pai.

A meus pais, por terem aberto as minhas primeiras portas e ensinando que as demais, seriam abertas por mim.

A minha avó Antonia (in memórian), que lá do céu, acompanha mais uma conquista e continua torcendo por mim.

À minha orientadora, Professora MS.c. Sheila Martignago Saleh, pela paciência e dedicação; sempre tão comprometida com a verdade e com a ética. Por toda a orientação e pelos ensinamentos assimilados e guardados a cada dia de convivência.

Ao Procurador da República Dr. Darlan Airton Dias, pela valiosa sugestão junto ao tema pesquisado.

A Excelentíssima Doutora Gabriela Regina Barni Ritter, Juíza da Segunda Vara da Justiça Federal de Criciúma, que autorizou o acesso aos processos, tornando assim viável a realização desta pesquisa.

Ao Luiz Fernando secretário da Segunda Vara da Justiça Federal de Criciúma, pela presteza e confiança na acessibilidade aos processos pesquisados.

Ao Dibi e a Pupu, por serem os mais fieis amigos.

A todos, que de alguma forma ajudaram a tornar este trabalho possível.

**"Embora ninguém possa voltar atrás e
fazer um novo começo, qualquer um pode
começar agora e fazer um novo fim."**

Chico Xavier

RESUMO

O direito a saúde é decorrente do direito fundamental à vida; um direito incansavelmente perseguido ao longo dos séculos, nascido de árdua conquista ao longo do tempo, marcado com lutas, sacrifícios e vitórias. Vindo a se firmar na figura dos direitos humanos, direitos fundamentais e também os direitos sociais. Frente à possibilidade de se formular e executar políticas públicas de saúde, a CRFB atribuiu competência comum à União, Estados e Municípios. Portanto, a saúde é dever do Estado, cabendo à União a criação de normas gerais e aos Estados e Municípios sua suplementação. Todos com responsabilidades comuns. Atos administrativos federais estabelecem a Política Nacional de Medicamentos. Ao Município cabe definir a relação de medicamentos essenciais e executar a assistência farmacêutica. A presente pesquisa justifica-se pela crescente demanda judicial para fornecimento de medicamentos pelo Estado. Tem como objetivo geral o estudo do direito fundamental à saúde pela análise do indeferimento do pedido dos Análogos de Insulina (Glargina e Humalog) em Ação Civil Pública, promovida pelo Ministério Público Federal de Criciúma junto a Justiça Federal de Criciúma, frente ao deferimento do mesmo pedido promovido em ações individuais por advogados ou pelo próprio Ministério Público Federal. O resultado final da pesquisa demonstra que o mesmo pedido, atendendo os mesmos requisitos, é indeferido na Ação Civil Pública e deferido nas ações individuais, não apresentando nas decisões dos magistrados coerência em seus despachos, concluindo que a coletividade não é assistida pelo direito de receber o medicamento mas individualmente este direito está garantido. Para tanto utilizou-se o método indutivo com aplicação de pesquisa de campo quantitativa e qualitativa, além de pesquisa bibliográfica e documental-legal.

Palavras-chave: Direito; Saúde; Medicamentos;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

SUS – Sistema Único de Saúde.

DM1 – Diabete Melittus tipo 1.

RENAME – Relação

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. A CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	13
2.1 Os direitos humanos na antiguidade clássica.....	14
2.2 Os direitos humanos na Idade Medieval.....	15
2.3 Os direitos humanos na Idade Moderna.....	17
2.4 Da revolução industrial a Constituição Mexicana.....	19
2.5 Os direitos fundamentais no século XX.....	22
2.6 Os fundamentos do direito do homem.....	25
3. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
3.1 A finalidade protetiva dos direitos fundamentais.....	32
3.2 A eficácia dos direitos fundamentais.....	34
3.3 A constituição de 1988 e os direitos fundamentais.....	37
3.4 A saúde, como direito fundamental na Constituição de 1988.....	39
3.5 O sistema único de saúde.....	42
4. O ACESSO A SAÚDE PELA VIA JUDICIAL.....	45
4.1 A judicialização dos direitos fundamentais.....	48
4.2 O Estado e a reserva do possível.....	50
4.3 O diabetes.....	56
4.3.1 Diabetes tipo 1.....	57
4.3.2 Sintomas.....	58
4.3.3 Medicamentos para o diabetes tipo 1.....	58
4.3.4 Diabetes tipo 2.....	60
4.3.5 Sintomas.....	60
4.3.6 Medidores de glicemia.....	61
4.3.7 Os tipos de Insulina.....	61
4.3.8 Insulina Regular.....	63
4.3.9 Insulina NPH.....	64
4.3.10 Insulina Glargina.....	64

4.3.11 Insulina Lispro.....	66
4.4 A posição do Estado e o fornecimento de Insulina.....	68
4.5 A coletivização das ações e o indeferimento da Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204.....	71
4.6 Do indeferimento do pedido de liminar na Ação Civil Pública.....	76
4.7 Do deferimento do pedido de liminar nas Ações Individuais.....	78
4.8 Do deferimento do pedido de liminar nas Ações Individuais.....	80
4.9 Quadro comparativo entre Ação Civil Pública e as Ações Individuais...	84
 5. CONCLUSÃO.....	 81
 6. REFERENCIAS.....	 86

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral estudar o dever do Estado em fornecer gratuitamente medicamento para combater o diabetes tipo 1; como um direito fundamental a saúde, decorrente este do direito fundamental à vida. Analisando e comparando os motivos que indeferiram o pedido de liminar pleiteando ao Análogos de Insulina de forma coletiva, proposto pelo Ministério Público Federal de Criciúma em Ação Civil Pública, frente aos motivos que deferiram os pedidos de liminar pleiteando o mesmo medicamento porém proposto em ação individual.

Por meio de uma relação entre história e Direito, vamos procurar entender o nascimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, trazendo o seu surgimento num contexto de situações e épocas, que buscavam firmar seus direitos que de forma incansável. Direitos que foram perseguidos ao longo dos tempos desde a antiguidade, já que não nasceram por milagres ou por teorias, mas sim de árdua conquista ao longo do tempo, forjado com lutas, sacrifícios e vitórias.

Vindo aos poucos, diante de situações e épocas propícias, a se firmar na figura dos direitos humanos, direitos fundamentais e também os direitos sociais, que por necessidade de garantir uma convivência digna em sociedade, conquistou seu espaço frente a opressão sofrida ao longo do tempo.

A Constituição Federal de 1988, atribuiu competência comum à União, Estados e Municípios frente à possibilidade de se formular e executar políticas públicas de saúde,. Portanto, a saúde é dever do Estado, cabendo à União a criação de normas gerais e aos Estados e Municípios sua suplementação. Todos com responsabilidades comuns. Atos administrativos federais estabelecem a Política Nacional de Medicamentos. Ao Município cabe definir a relação de medicamentos essenciais e executar a assistência farmacêutica. A presente pesquisa justifica-se pela crescente demanda judicial para fornecimento de medicamentos pelo Estado. Tem como objetivo geral o estudo do direito fundamental à saúde pela análise do indeferimento do pedido dos Análogos de Insulina (Glargina e Humalog) em Ação Civil Pública, promovida pelo Ministério Público Federal de Criciúma junto a Justiça Federal de Criciúma, frente ao deferimento do mesmo pedido promovido em ações individuais por advogados ou pelo próprio Ministério Público Federal. O resultado final da pesquisa demonstra que o mesmo pedido, atendendo os mesmos requisitos,

é indeferido na Ação Civil Pública e deferido nas ações individuais, não apresentando nas decisões dos magistrados coerência em seus despachos, concluindo a coletividade não é assistida pelo direito de receber o medicamento mas individualmente este direito está garantido.

2. A CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Desde seus primeiros passos, até os dias atuais, nossa civilização percorreu um longo caminho quando se fala em transformações políticas, sociais, econômicas e religiosas. Um estudo esclarecedor é necessário para uma melhor compreensão da forma com que esses processos ocorreram e quais os caminhos percorridos que nos fizeram chegar ao estágio que hoje estamos vivendo.

A ciência jurídica que está atrelada à existência da convivência humana em sociedade sofreu também avanços e retrocessos; que por muitas vezes resultaram em séculos de lutas e sacrifícios, levando consigo, por muitas vezes, a esperança de construção de um mundo mais justo.

Esse relacionamento entre história e Direito, nos levará a entender melhor dentro do mundo jurídico, o nascimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, contextualizando o seu surgimento, pois ambos não surgem repentinamente de teorias, pesquisas ou de forma milagrosa; muito pelo contrário: foram erguidos com o passar de longos e dolorosos anos, imersos em acirradas lutas contra o poder opressor, que centralizado, pouco caso fazia com relação aqueles que distantes estavam do poder. Dessas lutas, os direitos essenciais nascem aos poucos, gradualmente, nas situações e épocas propícias; quando as pessoas passam a sentir a necessidade de garantir, a cada qual, as condições de uma convivência em sociedade com dignidade.

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde nas constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência, transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. " (BOBBIO, 2004, p 31.)

2.1 Os Direitos Humanos na Antiguidade Clássica.

Vem da Mesopotâmia, da primeira dinastia babilônica, do século XVIII a.C. o primeiro mecanismo de proteção individual, de que se tem conhecimento. Muito citado e constantemente usado como exemplo, trata-se de um código com 281 leis escritas, que foi eternizado numa pedra de basalto, e nos dias de hoje, repousa no museu do Louvre, em Paris, onde pode ser visto.

Criado pelo rei Hamurabi¹, assim levando o seu nome, o Código de Hamurabi, já trazia em seu texto a “defesa da vida”, assim juntamente com o direito de propriedade, da dignidade, da honra e da família, fazendo com que essa lei se sobrepusesse aos governantes que imperavam na época. Hoje, ainda são aceitos alguns dispositivos deste código. O código é muitas vezes indicado como exemplo do conceito legal de que algumas leis seriam tão básicas que mesmo um rei não poderia modificá-las. Ao escrever as leis na pedra, elas se tornaram imutáveis. Este conceito existe em vários sistemas jurídicos modernos e deu origem à expressão em língua inglesa *written in stone*².

Ela dá aos que procuram o seu direito, confiança na justiça do rei e, para os sucessores de Hamurabi, no trono de Babel. O exemplo de Hammurabi cria uma obrigação moral de imitá-lo em sua justiça e em seu interesse pelo bem comum. (BOUZON, 2003, p.28)

Derivado do Cristianismo³, que trouxe a concepção que todos os homens são irmãos independente de origem, raça, sexo ou credo, enquanto filhos de Deus, esse ensinamentos foram um dos fundamentos para a construção de uma base de proteção aos direitos que tornam os homens iguais influenciando diretamente a consagração dos direitos fundamentais.

Dessa forma a limitação do poder político surge através da distinção entre o que é céu e o que é terra, com o jargão: Daí a César⁴ o que é de César e a Deus o

¹ Rei Hamurabi: Rei da Babilônia e fundador do I Império Babilônico. Sexto rei da primeira dinastia babilônica. Transformou a Babilônia, às margens do rio Eufrates, na capital de um reino que compreendia o sul da Mesopotâmia e parte da Assíria - território que atualmente corresponde ao Iraque. Durante seu reinado, de 1728 a.C. a 1686 a.C. (Folha de São Paulo. Nova enciclopédia ilustrada folha. São Paulo: Folha de São Paulo, 1996. 2 v. p. 435).

² Escrito na pedra.

³ Cristianismo: Religião cristã, baseada na crença em Jesus Cristo. (Folha de São Paulo. Nova enciclopédia ilustrada folha. São Paulo: Folha de São Paulo, 1996. 2 v. p. 242)

⁴ Tibério Cláudio Nero César, em latim *Tiberius Claudius Nero Cæsar*; nasceu em 16 de Novembro de 42 a.C. e faleceu em 16 de Março de 37 d.C.. Foi o imperador romano que governou durante a época em que Jesus Cristo viveu. Era filho de Tibério Cláudio Nero e Lúvia Drusilla. (Folha de São Paulo. Nova enciclopédia ilustrada folha. São Paulo: Folha de São Paulo, 1996. 2 v. p. 944).

que é de Deus, além de pregar que a salvação é possível para todos os povos. “A bíblia apresenta, pois, o homem como situado entre o Céu e a terra, como um ser a um só tempo espiritual e terreno”. (Comparato, 1999, p. 06)

2.2 Os Direitos Humanos na Idade Medieval.

Já na Idade Média⁵, a necessidade pela descentralização da política fez com que os reis começassem a reivindicar mais poderes junto à Igreja, até então centralizadora do poder, soberana e onipotente, decorrente da dificuldade em praticar a atividade comercial.

Dentre os documentos, destaca-se o escrito pelo Rei João da Inglaterra, também conhecido como o João Sem Terra, que em 1215, assinou a chamada Carta Magna, o qual, impelido pelas pressões exercidas pelos barões com o aumento de taxas fiscais, para financiar campanhas bélicas, tinha também o objetivo de deter os vários conflitos que se propagava, entre os senhores feudais e a Igreja.

Tal documento reconheceu direitos como a liberdade eclesial, a não existência de impostos, a propriedade privada, a liberdade de locomoção e a desvinculação da lei e da jurisdição da pessoa do monarca. Este foi o primeiro vestígio de limitação do poder soberano do monarca, no qual o rei se acha limitado pelas próprias leis que ele próprio editou. Por isso sua importância para os estudos dos Direitos Fundamentais, segundo Comparato:

O sentido inovador do documento constitui, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres, a nobreza e o clero, existem independentemente do consentimento do monarca e não podiam por conseguinte, ser modificado por ele”. (COMPARATO, 1999, p.65)

A *Petition of Right*, de 1628, desobrigava expressamente em seu texto, entre outras garantias, de contribuir com doação, empréstimo ou mesmo ao pagamento de qualquer tipo de taxa, sem que antes tivesse o Parlamento se manifestado dando o consentimento para tanto.

Dizia também em seu texto que, devido ao não pagamento dos tributos, nenhuma pessoa seria chamada a responder por tal ato e nem mesmo executar

⁵ Idade Média: Período na Europa que vai de cerca de 700 a. C. a 1553. Folha de São Paulo. Nova enciclopédia ilustrada folha. São Paulo: Folha de São Paulo, 1996. 2 v. p. 471)

algum serviço como forma de compensação referente ao inadimplemento. A máxima vinha no texto que dizia que nenhum homem poderia ficar preso ilegalmente, já que em época muito recente a esta, tal medida sequer seria pensada, devido ao absolutismo⁶ imperialista que dominava o Estado neste lapso. “Em 1628, a *Petition of Right*, não obstante o seu carácter meramente declaratório, já é uma tentativa de tomada de posição do Parlamento sobre os princípios fundamentais das liberdades civis”. (CANOTILHO, 1993, p.66)

Mesmo antes da Magna Carta do Rei João Sem Terra da Inglaterra o *Habeas Corpus*⁷ já existia na *common law*⁸ como mandado judicial. Porém como remédio jurídico sua eficácia era muito reduzida; para corrigir este defeito o instituto do *Habeas Corpus Act*, de 1679 veio dar regulamentação. Esta lei trazia em seu texto que ao individuo que manifestasse descontentamento desde que por escrito a seu favor ou a favor de outrem que encontrasse no cárcere, acusado de praticar algum crime, seria concedido *habeas corpus* em benefício de quem estivesse privado da liberdade de ir e vir, o que de imediato seria executado perante o Juiz. Comprometeria-se o individuo a comparecer perante o tribunal competente assim que chamado para responder a tal acusação. O *Habeas Corpus Act*, tinha ainda em seu texto uma multa de 500 libras àquele que viesse a prender pelo mesmo fato, a pessoa que já tivesse obtido a ordem de soltura.

Quando se fala em direitos humanos, estes seguem duas linhas distintas: a inglesa que é mais pragmática, afirmando que é das garantias, sobretudo as judiciais que nasce a proteção dos direitos da pessoa humana; e a francesa que afirma que uma declaração de direitos pode mudar as mentalidades através de uma grande força pedagógica e política.

A origem mais apontada pelos diversos autores é a Magna Carta, em seu capítulo XXIX, onde, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215 nos campos de Runnymede, na Inglaterra. Por fim, outros autores apontam a origem do *habeas corpus* no reinado de Carlos II, sendo editada a *Petition of Rights* que culminou com o *Habeas Corpus Act* de 1679. Mas configuração plena do *habeas corpus* não havia, ainda, terminado, pois até então, somente era utilizado quando se

⁶ Absolutismo: Surgido no século XVIII, para indicar nos círculos liberais os aspectos negativos do poder monárquico ilimitado e pleno. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 5.ed. Brasília: UNB, 2004. 2 v. p. 01)

⁷ Habeas Corpus: é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo - o direito do indivíduo de ir, vir. (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 137).

⁸ Common law: Usado na Inglaterra, onde os direitos e princípios atrás assinalados eram garantidos pelo direito comum e pelas leis do Parlamento. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p. 350)

tratasse de pessoa acusada de crime, não sendo utilizável em outras hipóteses. Em 1816, o novo Habeas Corpus Act inglês ampliou o campo de atuação e incidência do instituto, para colher a defesa rápida e eficaz da liberdade individual. (MORAES, 2003, p. 136).

Com a abdicação do trono do rei Jaime II, e tendo então que ser outorgada pelo seu sucessor o Príncipe de Orange, em 13 de fevereiro de 1689, a *Bill of Rights*, traz com a sua outorga grandes limitações para o poderio do Estado.

Aflorava em seu texto o princípio da legalidade, no momento em que impedia que sua majestade ao seu bel prazer suspendesse alguma lei ou a deixasse de executar pelo simples fato de não lhe agradar. Nada podia ser feito com relação a essas leis sem antes passar pelo crivo do parlamento britânico.

Destacam-se dentro da Bill of Rights a criação do direito de petição e a vedação de aplicação de penas cruéis, porém apesar do avanço dessa declaração de direitos, nela se encontravam vedadas de forma expressa a igualdade e a liberdade religiosa.

O seu temor quanto a religião se demonstrava com a alegação de incompatibilidade com a segurança e bem-estar num reino protestante ter em seu governo um príncipe que fosse partidário da supremacia papal ou por um rei ou um rainha que fossem casados com um de igual religião. Os lordes ainda pediram que ficasse estabelecido que qualquer pessoa que comungasse as mesmas idéias da Santa Sé ou tivesse ligação a esta fosse excluída e proibida de ocupar o trono da Inglaterra.

O documento mais importante é a Declaração de Direitos (Bill of Rights) que decorreu da revolução de 1688, pela qual se afirmara a supremacia do parlamento, impondo a abdicação do rei Jaime II e designando novos monarcas. Daí surge para a Inglaterra, a monarquia constitucional submetida a soberania popular que teve em Locke seu principal teórico. (SILVA, 2008, p.153)

2.3 Os Direitos Humanos na Idade Moderna.

Representantes do bom povo do Estado da Virgínia nos Estados Unidos da América reunidos em assembléia geral e livre; que buscavam direitos a eles pertencentes e à sua posteridade, como base e fundamento do governo. O texto

original foi compilado de George Mason no ano de 1776, que posteriormente representaria o Estado na convenção da Filadélfia no ano de 1787. (SILVA, 2008. p.153).

Os dois primeiros parágrafos da Declaração da Virgínia expressam com clareza os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de "direitos inatos" de toda a pessoa humana e o princípio de que todo poder emana do povo. Firma também os princípios da igualdade de todos perante a lei rejeitando os privilégios e a hereditariedade dos cargos públicos e da liberdade. (SILVA, 2008. p.153).

A declaração de direitos formulada pelos representantes do povo da Virgínia, reunidos em assembléia geral e livre que buscavam direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo.

A declaração da Virgínia consubstanciava as bases dos direitos do homem, tais como: todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; todo poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis. Vê-se que, basicamente, a declaração da Virgínia se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. (SILVA, 2008. p.155)

No ano de 1776, na América do Norte, as treze colônias Britânicas que há muito buscavam o fim do vínculo com a coroa inglesa, e com isto conquistar a sua liberdade. Thomas Jefferson, então declarou a independência dos Estados Unidos da América, que marcou o rompimento das colônias americanas com a Inglaterra⁹.

A proclamação da independência dos Estados Unidos da América teve um grande significado político, que começara com os protestos em reação as restrições impostas pela metrópole relativamente ao comércio colonial, às manufaturas e à liberdade política que evoluiu para um movimento revolucionário resultante na criação de uma nova nação, dando origem a primeira nação livre do continente prevalecendo o ideal de liberdade, a idéia de soberania popular e o direito individual¹⁰.(COMPARATO, 1999, p. 104).

Quando o comércio colonial começou a concorrer com o comércio metropolitano, conseqüentemente surgiram certos atritos que resultaram com a

⁹ Inglaterra: Maior país da ilha da Grã-Bretanha, localizado no noroeste europeu. (Folha de São Paulo. Nova enciclopédia ilustrada folha. São Paulo: Folha de São Paulo, 1996. 2 v. p. 495).

¹⁰ Direito Individual: Aquele que se refere à dignidade humana, assegurando-lhe a vida, liberdade, segurança, propriedade etc. Tudo isso deve estar explícito dentro da Carta Magna (Constituição) que garantirá esse direito e os privilégios dele inerentes. (SANTOS, Washington dos. Dicionário jurídico brasileiro. Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 2001. 4ª edição, p.80)

emancipação destas treze colônias. Após a Guerra dos Sete Anos, entre a França e Inglaterra, a Inglaterra vitoriosa da guerra se apossou de grande parte do Império Colonial Francês, em especial das terras a oeste das treze colônias americanas. O Parlamento inglês decidiu, então, que os colonos deveriam pagar parte dos gastos com a guerra, com o objetivo de aumentar as taxas e os direitos da Coroa sobre a América. Os fatores culturais, aliados à política repressiva dos ingleses, tiveram papel importante no processo da revolução americana. (COMPARATO, 1999, p. 106).

Motivado fortemente por esse aumento de impostos e, acima de tudo, a criação de leis pelos ingleses que tiravam a liberdade dos americanos, o texto de Jefferson tratava de forma incisiva a usurpação e tirania inglesa e limitava o poder estatal inglês. Basicamente a teoria política de Jefferson declarava as verdades como evidências por elas mesmas, e que todos os homens nascem iguais, que o criador lhes deu direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade, e que para garantir esses direitos os homens instituem governos cujo justo poder emana do consentimento daqueles que são governados.

Na verdade, a idéia de uma declaração à humanidade está intimamente ligada ao princípio da nova legitimidade política: a soberania popular. Uma nação só está legitimada a auto-afirmar sua independência, porque o povo que a constitui, detém o poder político supremo. Os governos são instruídos entre os homens para garantir seus direitos naturais de tal forma que “seus poderes legítimos derivam do consentimento dos governados”. E toda vez que alguma forma de governo torna-se destrutiva, é direito do povo alterá-la ou aboli-la e instituir uma nova forma de governo. (COMPARATO, 1999, p.89)

2.4 Da Revolução Francesa a Constituição Mexicana.

Foi na França absolutista, no ano de 1789, a consagração normativa dos primeiros direitos humanos fundamentais.

Luiz XV¹¹ era rei que governava com poderes absolutos, controlava a justiça, a economia, a política e até mesmo a religião; o povo clamava pela

¹¹ Luiz XV: Rei da França (1710-1774). Neto de Luiz XIV. (Folha de São Paulo. Nova enciclopédia ilustrada folha. São Paulo: Folha de São Paulo, 1996. 2 v. p. 579).

democracia, pelo direito ao voto, pelo fim a privação de liberdade de opiniões, pois os opositores eram presos na Bastilha¹² ou condenados a guilhotina¹³.

A vida dos trabalhadores e camponeses era de extrema miséria, portanto, desejavam melhorias na qualidade de vida e de trabalho. A classe burguesa, mesmo tendo uma condição social melhor, desejava uma participação política maior e mais liberdade econômica em seu trabalho.

A situação social era tão grave e o nível de insatisfação popular tão grande que o povo foi às ruas com o objetivo de tomar o poder e arrancar do governo a monarquia. O primeiro alvo dos revolucionários foi a Bastilha, com sua queda em 14/07/1789, marco inicial do processo revolucionário, pois a prisão política era o símbolo da monarquia francesa.

O lema dos revolucionários era " Liberdade, Igualdade e Fraternidade ", pois ele resumia muito bem os desejos do terceiro Estado francês.

O povo francês, por intermédio de Assembléia Nacional, em agosto de 1789, consagrou um conjunto de direitos naturais inalienáveis do homem, cancelou todos os direitos feudais que existiam e promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Este importante documento trazia significativos avanços sociais, garantindo direitos iguais aos cidadãos, além de maior participação política para o povo.

Dentre as importantes previsões podemos destacar os seguintes direitos: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, legalidade, presunção da inocência, liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento.

A revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, consistia justamente na supressão de todas as peias sociais ligadas a existência de estamentos corporações de ofício. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios" (COMPARATO, 1999, p.117)

A França continuou alavancando os direitos fundamentais. Os líderes da Revolução Francesa, em 1791, reunidos numa assembléia aprovaram a primeira Constituição francesa e aí já estabeleceram regras que deformavam completamente

¹² Bastilha: Fortaleza no leste de Paris, que foi prisão estatal francesa nos séculos 17 e 18. (Folha de São Paulo. Nova enciclopédia ilustrada folha. São Paulo: Folha de São Paulo, 1996. 2 v. p. 102).

¹³ Guilhotina: Instrumento utilizado para infligir a punição de decapitação durante a revolução francesa. (Folha de São Paulo. Nova enciclopédia ilustrada folha. São Paulo: Folha de São Paulo, 1996. 2 v. p. 430).

a idéia de cidadania. Recuperando a antiga diferenciação romana entre cidadania e cidadania ativa, os membros da assembléia e os legisladores que vieram depois estabeleceram que para ter participação na vida política, votando e recebendo mandato e ocupando cargos elevados na administração pública, não bastava ser cidadão. E dispuseram que para ter a cidadania ativa eram necessários certos requisitos que logo mais serão especificados, não bastando ser pessoa.

De acordo com seus termos, o governo passaria a ser comandado por uma monarquia constitucional. O poder passou a ser exercido pelos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Apesar de limitar os poderes reais e abolir os privilégios, o novo governo foi dominado por um processo de aburguesamento das instituições, garantido por meio do voto censitário. A antiga união de interesses do Terceiro Estado agora não seria mais a mesma.

Como forma de controlar o poderio estatal, coube a essa Constituição efetivar e regulamentar os direitos humanos fundamentais, já que em seu preâmbulo assim trazia:

A Assembléia Nacional, desejando estabelecer a Constituição francesa sobre a base dos princípios que ela acaba de reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que ferem a liberdade e a igualdade dos direitos. Não há mais nobreza, nem pariatto, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal, nem justiças patrimoniais, nem qualquer dos títulos, denominações e prerrogativas que deles derivavam, nem qualquer ordem de cavalaria, de corporações ou condecorações para as quais se exigiram provas de nobreza, ou que supunham distinções de nascença, nem qualquer outra superioridade senão aquela de funcionários públicos no exercício de suas funções. Não há mais venalidades nem hereditariedade para qualquer cargo público. Não existe mais, para qualquer parte da Nação, nem para qualquer indivíduo, privilégio algum, nem exceção ao direito comum de todos os franceses. Não há mais corporações profissionais, de artes e ofícios. A lei não reconhece os votos religiosos, nem qualquer outro compromisso que seja contrário aos direitos naturais, ou à Constituição. (COMPARATO, 1999, p.133)

Além da declaração dos direitos do homem e do cidadão, colocada como preâmbulo, a constituição aprovada em 3 de Setembro de 1791 contém também a sua própria declaração de direitos, com importantes acréscimos em relação àquela. Cuidou-se sobretudo, de reforçar o caráter anti-aristocrático e anti-feudal do novo regime político, bem como de nacionalizar os bens pertencentes a eclesiásticos ou a congregações religiosas, doravante declarados "bens nacionais". (COMPARATO, 1999, p.134)

Assinada em Genebra, no ano de 1864, em matéria internacional, a Convenção de Genebra inaugura o Direito Internacional Humanitário, abrangendo o conjunto das leis e costumes da guerra, visando minorar o sofrimento de soldados

doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico. É o marco direitos humanos no âmbito internacional.

“Ela inaugura o que se convencionou chamar *direito humanitário*, em matéria internacional; isto é, o conjunto das leis e costumes da guerra, visando minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico. É a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional. O direito da guerra e da paz, cuja sistematização foi feita originalmente por Hugo Grócio em sua obra seminal no início do século XVII (*Ius Belli ac Pacis*), passou, desde então, a bipartir-se em direito preventivo da guerra (*ius ad bellum*) e direito da situação ou estado de guerra (*ius in bello*), destinado a regular as ações das potências combatentes”. (COMPARATO, 1999, p.152)

A maior efetivação dos direitos humanos fundamentais continuou durante o constitucionalismo liberal do século XX, que tem como exemplo a Constituição Mexicana de 1917, um importante divisor de águas na história dos ordenamentos jurídicos do nosso continente dado que foi a primeira constituição da história que inclui os denominadas direitos sociais. (COMPARATO, 1999, p.171).

Em verdade, ainda que não tivesse suas provisões sociais efetivamente materializadas, a constituição Mexicana garantia direitos sociais e individuais, trazendo consigo tendências sociais, quando atribuiu como presença marcante os direitos trabalhistas com o status de direito fundamental. A nova Constituição incluía uma grande parte em seus ordenamentos, especialmente o referente aos direitos humanos, ainda que categorizados, desta vez, como "garantias individuais".

“O que importa na, verdade, é o fato de que a constituição Mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. A constituição Mexicana estabeleceu firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários [...]”. (COMPARATO, 1999, p.172)

2.5 Os Direitos Fundamentais no Século XX.

No século XX, a Constituição de 1919 da República Federativa Alemã, conhecida como Constituição de Weimar, assinala um momento importante na presença do Estado na afirmação e garantia de "novos direitos": os direitos sociais realizavam o compromisso dos direitos individuais, das primeiras declarações, com novos direitos, que decorrem do constitucionalismo social surgido da idéia de que a

felicidade dos homens não se alcança apenas contra o Estado, mas, sobretudo, pelo Estado.

Os novos direitos fundamentais são os direitos econômicos e sociais, que a Constituição de Weimar consagrou, realizando o compromisso do individual com o social, incluindo a educação; que ganhou um capítulo próprio no qual se destacam além da constitucionalização do direito a gratuidade, a obrigatoriedade, a presença do Estado nos seus diferentes níveis, o público/privado e o ensino religioso.

A Constituição de Weimar, além dos direitos sociais expressamente previstos em seu texto, manifesta um intenso espírito de defesa dos direitos sociais, ao proclamar que o imperio buscaria uma forma de regulamentar internacionalmente a situação jurídica dos trabalhadores, dando à classe trabalhadora o mínimo de direitos sociais, para que de uma forma igualitaria os patrões viessem a colaborar no que diz respeito a salários e condições de trabalho.

A estrutura da Constituição de Weimar é claramente dualista: a primeira parte tem por objetivo a organização do Estado, enquanto a Segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social.

Essa estrutura dualista não teria minimamente chocado os juristas de formação conservadora, caso a Segunda parte da Constituição de Weimar se tivesse limitado à clássica declaração de direitos e garantias individuais. Estes, com efeito, são instrumentos de defesa contra o Estado, delimitações do campo bem demarcado da liberdade individual, que os Poderes Públicos não estavam autorizados a invadir. Os direitos sociais, ao contrário, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas. (COMPARATO, 1999, p.184).

Foi em 1945 que representantes de 50 países reuniram-se em San Francisco, nos Estados Unidos da América, na Conferência das Nações Unidas, para uma Organização Internacional. No encontro, foi elaborado um rascunho da Carta das Nações Unidas. A Carta foi assinada em 26 de junho de 1945 e ratificada por 51 países em 24 de outubro de 1945.

A missão da ONU parte do pressuposto de que diversos problemas mundiais como: pobreza, desemprego, degradação ambiental, criminalidade, AIDS, migração e tráfico de drogas, podem facilmente ser combatidos por meio de uma cooperação internacional. As ações para a redução da desigualdade global também podem ser otimizadas sob uma coordenação independente e de âmbito mundial, como as Nações Unidas.

As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana. (COMPARATO, 1999, p.200)

Cabe então a todos, considerar que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade.

Com este preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 proclama:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob Sua jurisdição. (Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm - Acessado em 26 de maio de 2011).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi assinada em Paris no dia 10 de Dezembro de 1948, surgiu com o fim da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de combater as atrocidades causadas pela xenofobia, o racismo, o anti-semitismo e a intolerância que alastrou na Europa durante a referida guerra mundial, que foram cometidas contra a dignidade humana, sendo um ideal a ser alcançado. Com isso nasce a primeira tentativa de estabelecer direitos humanitários universais, sem se ater a raça, credo, língua ou até mesmo ao poder.

Como se percebe da leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas a época, e cuja revelação só começou a ser feita, e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais, após o encerramento das hostilidades. Além disso, nem todos os membros das Nações Unidas, partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento: embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca,

Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e África do Sul abstiveram-se de votar.

Seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo primeiro. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.

Destaca Bobbio que:

Mas é também verdade que somente depois da segunda guerra mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo pela primeira vez na história de todos os povos. (BOBBIO, 1992, p 46.)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o primeiro passo de uma longa caminhada, pois ainda não tem a força de uma norma jurídica. Adotada e proclamada pela Organização das Nações Unidas, o Brasil nesta mesma data, assinou esta declaração.

Assim surgem os Direitos Fundamentais para Bobbio:

“A realidade de onde nasceram as exigências desses direitos eram constituídas pelas lutas e pelos movimentos que lhes deram vida e as alimentaram: pelas lutas e pelos movimentos cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não mais na hipótese do estado de natureza, mas na realidade social da época, nas suas contradições, nas mudanças que tais contradições foram produzindo em cada oportunidade concreta”. (BOBBIO, 2004, p 69.)

Os direitos humanos refletem uma conquista da civilização, pois uma sociedade só é civilizada se os seus direitos humanos adquiridos são acima de tudo respeitados e também protegidos.

2.6 Os fundamentos do direito do homem.

A palavra "Fundamental" compreende tudo aquilo que serve de fundamento, que é necessário, que é essencial. Todavia este conceito não fica distante do real termo na esfera jurídica, pois o direito fundamental é o mínimo

necessário para existência da vida humana, destacando que o mínimo essencial tenha obrigação de garantir uma vida existencial digna conforme o que traz os conceitos do princípio da dignidade da pessoa humana. (MENDES, 2008, P. 232).

A ordem jurídica citada por Comparato sugere um argumento para a distinção, quando cita que é conferido aos políticos e seu poderio constituído, a incumbência de elaborar e aprovar as normas ora cogentes, a nível nacional ou internacional. São os chamados direitos positivados nas constituições, nas leis infraconstitucionais e também nos tratados internacionais.

São os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados, quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas constituições, nas leis e nos tratados internacionais. (COMPARATO, 1999, p. 46).

No momento, torna-se pertinente, de uma forma sucinta, diferenciar: direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos.

Os Direitos do Homem são direitos naturais não positivados, ou ainda não positivados. Já os Direitos fundamentais aplicam-se aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de um Estado e os Direitos Humanos se aplicam aos documentos de direito internacional. Refere-se ao reconhecimento de posições jurídicas ao ser humano como tal, independente da ordem jurídica estatal envolvida.

Com a finalidade de que fosse cumprida sua função de defesa da sociedade como forma a impor limites, aplicou-se um conjunto de valores e direitos de liberdade, assim foram moldando os direitos fundamentais. Tais garantias foram positivadas e ao mesmo tempo elencou-se os parâmetros fundamentais de todo o ordenamento jurídico interno: a Constituição.

Os direitos fundamentais, sobre uma visão mais clássica, traduz-se em instrumentos que possam garantir a proteção da pessoa em face do Estado. Das problemáticas enfrentadas pelos direitos fundamentais se sobressai a busca de um fundamento absoluto sobre o qual se busca incessantemente um modo de garantia o seu correto cumprimento de uma maneira universal.

Bobbio destaca quatro dificuldades encontradas para que os direitos fundamentais se concretizem como um fundamento absoluto: A primeira seria o fato de que a expressão "direitos do homem" está de uma forma mal definida, pois tem um conteúdo vazio, porém quando esse termo aparece e, em paz consigo, termos

avaliativos, ou sendo estes interpretados de modo diversificado deixando transparecer a ideologia que cada intérprete carrega consigo.

A maioria das definições é tautológica: “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem. Os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polemicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização. (BOBBIO, 2004, p 17.)

A segunda dificuldade se encontra na mutabilidade da história dos direitos fundamentais. A lista desses direitos se modificou e ainda nos dias de hoje se modifica, pois são as condições históricas que acabam determinando as verdadeiras necessidades e os interesses de cada sociedade. Entende-se então que são direitos relativos, não podendo lhes atribuir um fundamento absoluto.”Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo”. (BOBBIO, 2004. p 18.)

A terceira dificuldade é a heterogeneidade, ou seja, existem direitos diversos e que muitas vezes conflitam-se entre si. Pois existem casos em que certas razões valem para alguns direitos e porque não valem para sustentar outros direitos.

Portanto, as razões que valem para sustentar umas, não valem para sustentar outras. Nesse caso não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se deseja defender. (BOBBIO, 2004, p 19.)

A quarta dificuldade é a existência de direitos fundamentais que defendem certas liberdades, em encontrar outros que se fundam em poderes. Os primeiros exigem do Estado uma obrigação negativa, enquanto em segundos necessita de uma atitude positiva para sua eficácia. Demonstra-se o antagonismo entre esses dois direitos. “Quanto mais aumenta os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos”. (BOBBIO, 2004. p 21.)

Nossa Constituição Federal, tomou como base a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual os cidadãos têm o dever de participar e vigiar o cumprimento de tais direitos, não deixando a incumbência de proteger e aplicar apenas ao Estado.

Já que o constituinte destacou o princípio da dignidade da pessoa humana como uma forma de garantir o acesso à saúde, um direito estabelecido em nossa Constituição Federal e que descreve em seu artigo 6º, Surge então o

dever do Estado, de ser prestador dos direitos sociais através de políticas públicas, ou seja, ações governamentais garantidoras e efetivas que sejam cumpridas e acima de tudo capaz de levar o direito à saúde a todos os cidadãos brasileiros.

Artigo 6º, da CRFB - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 2006, p.13.)

3. A Evolução dos Direitos Fundamentais.

Quando se conceitua o direito fundamental dentro de uma doutrina constitucional mais atualizada, nota-se que este tem uma estreita ligação com a evolução da sociedade como um todo. Enquanto a sociedade segue evoluindo, surgem as lacunas, as falhas no ordenamento jurídico. Quanto aos direitos fundamentais, revela-se então a necessidade de que essas lacunas sejam preenchidas. Isso só é possível com o surgimento de novos direitos que passam a preenchê-las. Pode-se dizer que essas novas normas surgem em função da lacuna, ou seja, primeiro surge a lacuna, depois surge a norma.

São esses novos direitos que suprem as necessidades das tutelas pretendidas. Como esses novos direitos evoluem junto com a sociedade, pode-se dizer então que os direitos fundamentais, transpassam a dimensão em que se encontram e passam para uma dimensão seguinte, mais moderna, mais evoluída.

Conforme afirma Comparato:

O caráter abstrato e geral das formulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referencia indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.” (COMPARATO, 1999, p. 132).

Foi a Revolução Francesa que antecipou, ou adiantou, o modo de como se institucionalizaria a seqüência histórica dos direitos fundamentais através de sua ideologia. Tinha um caráter humano de grande valia, assumindo sua universalidade e demonstrando a pertinência destes direitos. Como conseqüência gradativa, ocorreu uma divisão em três dimensões dos Direitos Fundamentais, todavia dias de hoje, já surge a quarta dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira geração de cunho materialista, são representados pelos direitos civis e políticos. Em primeiro plano desponta a proteção

à vida, à liberdade, à propriedade, em suma, tendem a proteger o indivíduo em face do poder do Estado, fazendo oposição a este para que aja de uma forma negativa, ou seja, não violando o cunho individual desse direito e interferindo da menor maneira possível na liberdade dos indivíduos. Faz uma separação entre o Estado e a sociedade, mantendo o Estado fora da esfera de liberdade e incluindo uma participação maior do cidadão e de maior frequência no poder político.

Diante disto, os direitos fundamentais de primeira geração segundo, Bonavides:

São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.
(BONAVIDES, 2006. p. 563).

Diante disso, os direitos fundamentais de primeira geração estão presentes em todas as Constituições das sociedades civis democráticas. Essa geração dos direitos fundamentais esteve em atividade até o início do século XX, pois, a partir desta, surgiram novos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de segunda geração se balizaram no século XX que foi marcado por uma nova ordem social. Essa nova ordem social se demonstra em uma nova dimensão dos direitos fundamentais, que não mais fixa no individualismo concreto do modelo anterior.

Essa nova dimensão do direito fundamental se relaciona intimamente com os direitos da coletividade, de cunho social cultural e econômico, valorizando o direito à saúde, à previdência e à assistência social. Tanto que em nossa Constituição Federal foram elencados em capítulo próprio “dos direitos sociais”. Passam então esses direitos a postular em prol da liberdade social, ensaiando uma ligação das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Essa segunda dimensão de direitos se torna tão essencial quanto os direitos fundamentais da primeira geração, tanto por sua universalidade quanto por sua eficácia. Assim, segundo Bonavides:

Os direitos fundamentais da segunda geração são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social.
(BONAVIDES, 2006, p. 564).

A marca que caracteriza a segunda dimensão é seu escopo positivo, a qual chama o Estado a exercer uma função prestacional voltado para cada indivíduo.

Com essa segunda dimensão nasceu uma idéia de que o importante não era só preservar o indivíduo, como mostra a definição clássica dos direitos de liberdade, mas voltada a conscientizar e proteger a instituição em uma realidade social aberta à participação e valorização da pessoa humana, abandonando o tradicional individualismo. Nessa corrente surge um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais, as quais, são inerentes das instituições de Direito Público e compõem suas formas e organização, bem como limites ao arbítrio do Estado para com os direitos de segunda geração. Então, é oportuna a idéia de Carl Schmitt, citado por Bonavides:

Graças às garantias institucionais, determinadas instituições receberam uma proteção especial para resguardá-la conforme disse Carl Schmitt, da intervenção alteradora por parte do legislador ordinário. Demais, é da essência da garantia institucional a limitação, bem como a destinação a determinados fins e tarefas. (BONAVIDES, 2006, p. 566).

Nossa atual Constituição Federal, elenca os direitos de segunda dimensão, a partir do art. 6º no qual é reconhecido o direito à saúde como um direito social. Então, a saúde é, também, um direito de Segunda geração, pois passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas, para deste modo evidenciar a sua garantia e efetividade.

Na esteira da evolução dimensional, eis que surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão, preconizando uma síntese dialética dos valores decantados nas duas primeiras versões, pois nessa dimensão não é valorizado exclusivamente o indivíduo, muito menos evoca apenas as conquistas sociais.

Essa nova dimensão dos direitos fundamentais passa a enaltecer o conceito humanitário, enfocando a adequação dos valores consagrados pela experiência humana, em face da nova condição social, cultural e econômica.

É o indivíduo numa visão universal, ostentando consigo os direitos difusos, o direito a uma nova ordem social, onde se destaca a proteção ao ser humano, saindo ainda mais do individualismo, além da promoção da paz, o desenvolvimento, a comunicação e a proteção ao meio ambiente.

Emerge um novo escopo jurídico que funde-se aos direitos do homem, junto com os direitos de liberdade e igualdade. Diante disto, Bonavides descreve:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. (BONAVIDES, 2006, p. 569).

Desse modo, os direitos fundamentais de terceira dimensão são direitos que são solicitados pelo indivíduo movidos pela descolonização do pós-guerra, avanços tecnológicos, desenhando assim os direitos de titularidade difusa ou coletiva de modo que esses direitos acabam se configurando direitos de solidariedade e fraternidade.

Enfim que nos chega os dias atuais acompanhado dos direitos fundamentais de quarta geração, em que o defensor principal é Bonavides. Chega como consequência da preocupação política neoliberalista que os avanços tecnológicos trazem ao meio social e que interferem nas esferas econômicas, culturais e jurídicas dos dias de hoje. Os direitos fundamentais de quarta geração demonstram a posição política do indivíduo dentro de um contexto de um mundo global. Posição essa, rotulada pela globalização econômica vinda principalmente sob a égide da política imperialista americana imposta aos países de terceiro mundo por seus entes financeiros.

Assim descreve Bonavides acerca do neoliberalismo:

Sua filosofia de poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. (BONAVIDES, 2006, p. 571).

A extrema capacidade de "estar" no mundo, sem limites fronteiriços geográficos, tendo como fronteiras apenas os valores morais, culturais e tecnológicos, fazem o Direito redimensionar o valor do homem. Esse redimensionamento do homem agindo, articulando direitos e deveres, praticando infrações, num novo tempo informatizado, veloz e cibernético global faz o Direito buscar uma nova construção de princípios, regras e valores que sejam capaz de compatibilizar os direitos consolidados ao longo desses mais de três séculos de história constitucional e as novas perspectivas que se apresentam à realidade humana.

É essa globalização política, de fundo ideológico neoliberal, que vem se agregar na teoria dos direitos fundamentais, que reflete diretamente na população subdesenvolvida. O pensamento de Bonavides acerca dos direitos fundamentais da quarta geração, correspondem à verdadeira institucionalização do Estado social. "São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo." (BONAVIDES, 2006, p. 571).

Dessa forma, a globalização dos direitos fundamentais se confunde com a universalização do meio institucional, já que reconhece a existência desses direitos de quarta dimensão. A comparação com a proposta de Bonavides e Sarlet descreve:

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2006. p. 571).

Se entendermos que os direitos fundamentais estão em seu objetivo maior, ligados de uma forma íntima, direta ou indiretamente, à valores que entrelaçam a vida, a liberdade, a igualdade e a fraternidade ou a solidariedade, sempre procurando resguardar a dignidade do ser humano.

É possível nessa seara dos direitos fundamentais da quarta geração, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Sendo que a política em seu estado globalizado principia seu objetivo sem a devida referência de valores.

Assim, tornar globalizados os direitos fundamentais, denota universalizar os mesmos para que seja possível aos direitos da quarta geração atingir a sua objetividade como as outras duas dimensões de direitos anteriores, sem privar a subjetividade da primeira dimensão, para a conquista de um futuro melhor, sem deixar de ser um sonho distante o merecido reconhecimento no âmbito do direito positivo interno e internacional.

3.1 A Finalidade protetiva dos direitos fundamentais.

Existe em nossa atual democracia, uma ferrenha restrição no que tange a atuação do poderio estatal, que está intimamente ligado a soberania popular, já que é esse conjunto de pessoas ligadas entre si, por motivos e ideais em comum, que escolhem seus representantes, delegando-lhes aos eleitos o poder de ditarem os rumos da nação. Necessário se faz destacar que a disposição dessa força autoritária estatal, não é absoluta, já que experimenta inúmeros limites, que por sua vez

reúnem os direitos fundamentais de cada indivíduo em pleno gozo de seus direitos civis com relação ao próprio Estado.

“A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”. (CANOTILHO, 1993, p. 541).

Somos seres humanos temos a necessidade de conviver em sociedade, para viver de uma forma harmoniosa e equilibrada, cada qual deve ceder uma cota da liberdade que lhe é de direito, para que cada cota se multiplique entre todos e nasça deste ato, a possibilidade de conviver em sociedade. Cada cota cedida dessa chamada liberdade individual, se reúne num todo, e este todo se converte no poder, que por sua vez é desempenhado pelos representantes desse grande grupo que é a sociedade em que vivemos.

Assim, podemos chamar este fato social que traz o poder e a liberdade entrelaçados, de ato contraditório, pois ambos possuem uma característica recíproca de anular-se mutuamente, surgindo desse ato contraditório a dignidade de receber do Direito uma maneira de regulamentar tal propósito, fazendo com que fique impossibilitado de se instalar a desordem e o autoritarismo. Nessa composição, eis que surge nossa Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece as bases da forma estatal organizacional e dos demais poderes estatais, vindo a confirmar e perseverar os direitos fundamentais que cada cidadão tem a prerrogativa de exercer, pois assim a norma legal estabelece. Esse direito fundamental confirmado pela nossa Constituição Federal, trás em destaque a proteção contra a qualquer ilegalidade ou ação arbitrária do próprio Estado.

Os direitos humanos fundamentais, que fazem parte da nossa Constituição Federal, não exprimem apenas uma formalidade de princípios, pelo contrário, vêm integralmente positivar os direitos que cada cidadão poderá reivindicar junto ao Poder Judiciário, para que seja tutelada e efetivada a democracia.

Nesse sentido é importante lembrarmos a lição de Paulo Branco:

Um dos principais parâmetros de aferição do grau de democracia de uma sociedade, ao mesmo tempo em que a concreta e real existência de uma

sociedade democrática revela-se como pressuposto indissociável à plena eficácia dos direitos fundamentais (BRANCO, 2002, p.104)

A coluna que sustenta a edificação do autêntico Estado Democrático de Direito ergue-se no respeito que é concedido principalmente pelo Poder Público aos direitos humanos fundamentais. Deve esse ter como direcionamento básico e certo de resguardar a dignidade da pessoa humana, dando o mais amplo e irrestrito sentido possível.

3.2 A eficácia dos direitos fundamentais.

Tendo como pano de fundo a influência das idéias filosóficas difundidas de cada época, o desenvolvimento econômico e as práticas políticas, o relacionamento entre Direito e Estado tem crescido ao longo do tempo com certa ascendência, porém com discreta harmonia.

Já se fala em uma nova concepção diversa do que antes se pregava, em que o Estado fazia oposição à sociedade. Em dias atuais o Estado atua com a intuito de proporcionar a sociedade a sua auto-organização, e reiterar valores que são mais importantes por ela elencados. A democracia desempenha papel essencial já que faz a ponte entre o Estado e a sociedade, fazendo sobressair a participação de cada cidadão destacando seu papel dentro do que pode ser chamado de deveres e direitos de cada um.

A sociedade que se serve do Estado como um todo, faz com que o próprio Estado passe a ser alvo de litígios, que buscam engrandecer valores como a dignidade da pessoa humana e a igualdade formal, material e moral, incumbindo o Estado do dever de exercer de forma positiva a efetivação dos ideais personificados na forma de prestar positivamente dentre outros benefícios e direitos o direito a saúde.

A efetiva prestação positiva se personifica e apresentam-se sob duas espécies: as normas consideradas validas que entende-se pela ligação estabelecida entre a proposição normativa jurídica e o sistema do direito posto, a primeira se chama social e a segunda Jurídica. (SILVA, 2001, p. 81).

A primeira atribui a efetivação da adesão quanto a maneira que a norma é recebida pelo cidadão, que o faz modificar suas condutas, frente ao atendimento de uma ordem jurídica constituída. A eficácia social da norma é aquela que se presta aos apelos e expectativas do legislador com intuito de que sejam cumpridas, da forma em que foram escritas por todos envolvidos diretamente na condição que fora tipificada. (SILVA, 2001, p. 83).

Já a segunda espécie, que leva o nome de eficácia jurídica, trata do processo que ocorre no mundo dos fatos, também chamada de causalidade jurídica, já que partindo dessa ligação que existe entre o evento ordenado no antecedente e ao acontecimento desse no mundo dos fatos, origina a relação jurídica emanada pelos efeitos que contêm dentro da norma jurídica. Concluimos assim, que o resultado jurídico, não é imposição apenas da norma, mas do fato que nela está descrito.

As normas constitucionais podem produzir efeitos imediatos ou não, as que produzem efeito imediato são as de eficácia plena que produzem efeito imediato e pleno e as de eficácia limitada não produzem efeito imediato, determinam ao legislador infraconstitucional a direção a seguir, sob pena de perderem sua eficácia

As Imediatas segundo descreve Silva:

“Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados (SILVA, 2001, p. 99).

Já as normas constitucionais de eficácia mediata dizem respeito a aquelas que no momento em que a constituição é promulgada, não têm o poder de compor todos os efeitos esperados, já que necessitam de um meio introdutório para outorgar a certeza necessária para que sejam aplicadas. (SILVA, 2001, p. 114).

Fica evidente a existência de normas constitucionais que dependem da intervenção do legislador ordinário para positivar seus efeitos jurídicos. Por outro lado, existem normas que por apresentarem eficácia jurídico-técnica, não precisam da intervenção do legislador infraconstitucional.

Na delimitação do objeto: eficácia dos direitos fundamentais, o que descreve a norma descrita no artigo 5º, § 1º da CF, Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 2006, p.11.)

As normas relativas a conduzir os direitos fundamentais tem aplicação imediata, isto é, possuem a qualidade aplicável imediata, diferente do que acontece com as normas de eficácia mediata, como descreve Sarlet:

O art. 5º, § 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não existe consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. (SARLET, 2007, p. 77.)

A eficácia jurídica, técnica e social fica atrelada ao art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil e vincula a sua eficácia aos entes políticos e os cidadãos que ficam compelidos a seguir o rumo dos direitos fundamentais, porém sem a necessidade de que o legislador venha a tomar parte.

A norma contida em nossa Constituição Federal é orientada para todos os cidadãos sem discriminação. Já que as normas que se direcionam e disciplinam sobre os direitos fundamentais, dispõe sobre a conduta dos cidadãos sem individualizar, ou seja, sem identificar isoladamente o cidadão ou grupo social, já que pode incluir neste conceito os diversos grupos determináveis ou indetermináveis, como aposentados, trabalhadores, pode se incluir inclusive, até estrangeiros que residem no país ou que por aqui estejam de passagem; podemos então afirmar que a norma chega a todos, seja quem quer que for, sem deixar de fora a pessoa envolvida na relação jurídica estabelecida. Essa abrangência normativa, traz consigo o princípio da universalidade dos direitos fundamentais, sendo que qualquer cidadão está sob a benesse desses direitos, independentemente de qualquer aspecto sejam eles: religiosos, legais, étnicos, ou outro qualquer.

Assim leciona Sarlet:

A extensão da titularidade de direitos fundamentais a qualquer estrangeiro, ainda que não residente, mesmo nos casos em que tal não decorre diretamente de disposição constitucional expressa. Neste contexto, há que invocar o princípio da universalidade, que, fortemente ancorado no princípio

da dignidade da pessoa humana, evidentemente não permite a exclusão generalizada de estrangeiros não residentes da titularidade de direitos fundados na dignidade da pessoa humana são extensivos aos estrangeiros. Também aqui assume relevo o que poderia ser chamado de função interpretativa do princípio da universalidade, que, na dúvida, estabelece uma presunção de que a titularidade de um direito fundamental é atribuída a todas as pessoas. (SARLET, 2007, p.232).

Faz jus ressaltar que a aplicabilidade dos direitos fundamentais, apóia-se em três princípios pilares que lastreiam sua eficácia: O princípio da universalidade, da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Assim, a aplicabilidade normativa dos direitos fundamentais, no aspecto de uma aplicação direta e imediata, está garantida no artigo 5º, § 1º da CRFB, onde traz que sua efetividade imediata, não está condicionada e muito menos vinculada a produção de qualquer outra norma jurídica, para que torne efetivo todos os resultados jurídicos e sociais que estão contidos em nossa Constituição Federal.

3.3 A Constituição de 1988 e os direitos fundamentais.

A nossa Constituição Federal de 1988, depois de relevantes acontecimentos em nossa história, deu um sentido especial aos direitos e garantias individuais. Também denominada de “Constituição Cidadã”, pela forma com que o legislador incluiu de forma intencional e especial, um rol de direitos fundamentais os quais vão do artigo 5º ao 17.

Impossível abolir de nossa Constituição Federal, os direitos fundamentais nela contidos. Por vontade do legislador constituinte, esses são elementos que identificam e integram a Constituição Federal, ficam ao longe de qualquer possibilidade de ser alvo de reforma Constitucional, pois assim leciona o artigo 60, §4º da Constituição Federal.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

(BRASIL, 2006, p.60.)

Os direitos fundamentais no Brasil se correlacionam em um único momento, podendo elencá-los como elementos objetivos e também subjetivos. Direitos subjetivos, pois os direitos fundamentais concedem ao titular do direito ser possível a imposição de seus interesses, frente aos órgãos obrigados em satisfazer o direito aspirado ao caso necessário, quando não o fazem. Quanto a objetividade, os direitos fundamentais são aqueles que sustentam a ordem jurídica no Estado Democrático de Direito dando suporte para a concretização das garantias individuais.

o direito objetivo na sua totalidade, estabelece uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma. A garantia constitucional nesta última acepção é em geral entendida, não somente como garantia prática do direito subjetivo, garantia que de perto sempre o circunda toda vez que a uma cláusula declaratória do direito corresponde a respectiva cláusula assecuratória, senão também com o próprio instrumento (remédio processual) que faz a eficácia, a segurança e a proteção do direito violado. (BONAVIDES, 2004. p. 532).

Os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal Brasileira asseguram direitos aos cidadãos ao conviver em forma de sociedade ou mesmo de uma forma individual, exercendo a proteção que lhes é devida contra o poder Estatal, ou de qualquer outro fato que seja praticado por terceiros, que lhe ponha em risco a sua integridade e o seu regular estado de direito. Os direitos fundamentais, são de caráter assecuratório, nem sempre estão na Constituição de forma expressa, já os direitos individuais, fazem parte de forma expressa no texto constitucional, sendo então conferido-lhes um caráter declaratório. (BONAVIDES, 2004. p. 528).

A positivação dos direitos individuais constitui elemento fundamental para a sua obrigatoriedade e imperatividade. Essa consagração jurídico-positiva dos direitos do homem é uma garantia de que se reconhece, na carta magna, uma relação jurídica entre governado e o Estado e suas autoridades. (SILVA. 2005, p. 419).

Os direitos fundamentais possuem cunho de normatização constitucional, ou seja, presunção de serem positivados na Constituição Federal. Esses passam a ser declaradamente direitos fundamentais, quando inseridos dentro da Constituição, ou seja, quando passam a fazer parte do próprio texto constitucional, logo após terem sido declarados pelo poder constituinte, fundado em princípio que trata da soberania e vontade da população. Esses direitos têm a eficiência e aplicação imediata, porém, compondo uma fase que pode ser abrandada levando-se em conta

critérios proporcionais e razoáveis, desde que previstos em lei ou ainda que podem ser julgados levando em conta a sua aplicação ao caso concreto.

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional. Por outras palavras, que pertencem a CRUZ VILLALON: “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais”. (CANOTILHO, 1993, p. 497).

Adotando uma posição de proteção, doutrinariamente chamada de “direito de defesa”, os direitos fundamentais colocam-se em uma posição que visa proteger certas posturas subjetivas contra uma possível interferência do poderio estatal nas suas três esferas, que vierem a atentar contra sua propriedade ou contra sua liberdade. Esta posição defensora, vista do ponto jurídico fundamental, evidencia que estes não ficam restritos apenas no âmbito da igualdade e da liberdade, vão muito além disso, uma vez constitucionalizados, abraçam posições jurídicas distintas, que buscam proteger e garantir o espontâneo manifesto da personalidade, garantindo um campo de auto-determinação pessoal.

As ideias contratuais de Hobbes desembocaram na legitimação do poder absoluto, em Locke a teoria contratual conduzirá à defesa da autonomia privada, essencialmente cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade. Esta concepção do individualismo possessivo influenciará, em parte, decisivamente, a teoria liberal dos direitos fundamentais que os considerará sempre como direitos de defesa do cidadão perante o Estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada. (CANOTILHO, 1993, p. 504)

3.4 A saúde, como direito fundamental na Constituição de 1988.

O reconhecimento da saúde como direito fundamental e normatizado constitucionalmente, está cristalizado no artigo 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 2006, p.13)

Esse artigo afirma a saúde como um direito social, e espera do Estado o dever de prestar de uma forma positiva, uma proposta formal em garantir e efetivar a

saúde sob a égide de não o fazer estar atuando de forma deficiente na aplicação de tal direito.

Na nossa Constituição Federal, os direitos sociais se localizam no capítulo II, título II, onde o rol de direitos fundamentais alí estão expostos. Os direitos sociais, como a saúde, estão sob o amparo dos direitos fundamentais, pois aqueles direitos se inserem neste e possuem o mesmo caráter afirmativo e garantias dos direitos fundamentais. Assim sendo, não se pode negar que a recepção constitucional destinada aos direitos sociais, possui morada no título II, inserida na lista dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais respondem pelo fornecimento dos recursos fáticos indispensáveis ao efetivo exercício das liberdades e dos demais direitos fundamentais, buscando assegurar a liberdade efetiva pela igualdade material. Os direitos sociais são tão fundamentais quanto os demais “direitos e garantias” reconhecidos constitucionalmente. (FIGUEIREDO, 2007, p. 64).

Espera-se do Estado ações positivas numa aplicação aos direitos fundamentais, entendidas como prestações de ações públicas, que passem a conter ações de negação estatal quando o assunto é a efetivação desses direitos sociais, em especial a saúde do cidadão.

O modo atual de atuação estatal não está em harmonia com a real necessidade e muito menos com uma minuciosa interpretação da Constituição Federal dentro da doutrina atual, levando em conta a afirmação que o direito à saúde é um direito fundamental e está entranhado na Constituição Federal de 1988.

A posição estatal que diante da norma constitucional afronta o Estado Democrático de Direito assim como todo ordenamento constitucional, sendo que o direito a saúde é direito fundamental e possui certo grau de aplicação e eficácia, foi norma atribuída pelo legislador constituinte. Averbando o constitucionalista Paulo Bonavides:

A nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude negativa sem a qual, ilusória a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração. (BONAVIDES, 2006, p. 472).

Incluso pelo legislador constituinte, estampado em nossa Constituição Federal, está o artigo 196, que trata a saúde como um direito de todos e um dever do Estado.

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 2006. p.125).

Este artigo, 196 da CRFB, não pode ser interpretado apenas de uma forma com está posto; pois usando desta limitada forma, delimita-se a função do mesmo e conseqüentemente torna sua eficácia limitada.

Por isso a saúde se insere como um direito fundamental, ou no mínimo, deve ser entendida como tal, uma vez que se deva buscar sua maior otimização plausível, já que visa a preservação de nosso bem maior: a vida,

Entrelaçando-se desta forma com a dignidade da pessoa humana, que numa associação busca obter uma justiça social aplicada de efetivação imediata, externalizando o direito a saúde, como um direito público real, para que cada brasileiro posto numa posição de ser incapaz financeiramente busca a saúde para si próprio ou para sua família,

Possam esses socorrer nessa relação obrigacional entre o devedor e o credor, ou seja, entre o Estado e o cidadão buscador do seu direito mais que legítimo apregoado pela Constituição Federal Brasileira.

A medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos resulta, de forma imediata, para os cidadãos:

- O direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (exs.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos); Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de «guarda de flanco» desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido. (CANOTILHO, 1993, p. 542).

Na esteira da Constitucionalização do direito à saúde, e sua efetivação como direito fundamental normatizado, não se pode ver de outra forma a não efetivação do direito a saúde, senão a cumplicidade faltosa do empenho político para esculpir essa essencial garantia: prestações estatais positivadas junto ao cidadão. Pois há quem julgue que o obstáculo impera na busca por esses direitos, o dia a dia das notícias nos dizem isso a todo momento.

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, conforme o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Ao Poder Público incumbe o fornecimento gratuito (a gratuidade passou a ser preceito Constitucional a partir do Sistema Único de Saúde) àqueles que necessitarem de medicamentos, próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação. (FIGUEIREDO, 2007, p. 61).

A inoperância estatal, diante das prestações relativas aos direitos sociais, mais especificamente a saúde, já que está fundamentado e normatizado tal direito, tem mostrado uma infração grave do Estado ao infringir preceito Constitucional, quando põe em risco o maior de nossos bens: “a vida”. O direito a saúde exige uma imediata e eficiente aplicação como um direito público subjetivo, tanto que não foi em vão que o constituinte notadamente atribuiu posição relevante em nossa Constituição Federal.

3.5 O Sistema Único de Saúde.

Através da lei 8.080 de 1990, foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS, para que o Estado pudesse externalizar o seu dever, para com o cidadão, em sua obrigação prestacional com a saúde, ficando o Estado ligado e diretamente focado em promover e efetivar o direito a saúde. O atendimento em termos de saúde tem como principal característica a sua gratuidade, ficando o Estado obrigado a promover a saúde individual ou coletivamente de forma gratuita, pois o investimento de recursos públicos feito nesta área, não se presta a exploração econômica, mas sim efetivar a prestação obrigacional e ele posta, visando fornecer um serviço público de saúde essencial, fundamental e que atenda a dignidade de cada cidadão.

A Constituição Federal de 1988, incorporando, parcialmente as propostas estabelecidas pelo movimento da Reforma Sanitária brasileira, pode ser conceituada como “um processo modernizador e democratizante de transformação nos âmbitos político-jurídico, político-institucional e político-operativo, para dar conta da saúde dos cidadãos, entendida como um direito universal e suportada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, constituído sob regulação do Estado, que objetive a eficiência, eficácia e equidade e que se construa permanentemente através do incremento de sua base social, da ampliação da consciência sanitária dos cidadãos, da implantação de um outro paradigma assistencial, do desenvolvimento de uma nova ética profissional e da criação de mecanismos de gestão e controle populares sobre o sistema” (BECKER. No seio da família: a amamentação e promoção da saúde no Programa de Saúde da Família, p.117)

Eis que após fazer essa trajetória, junto aos direitos fundamentais, e no dever do Estado como provedor da saúde, vem a necessidade de uma análise das políticas públicas junto ao tema saúde no Brasil. No intuito de conceituar

corretamente o instituto da políticas públicas, buscamos uma definição junto ao professor e Magistrado Sarlet:

Como ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa a atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública. Tal ação, inexoravelmente, vem marcada por altos níveis de racionalidade programática, caracterizada por medidas organizacionais e de planejamento. (SARLET. 2005 p. 161.).

Estado exerce sua atividade prestacional por meio do SUS – Sistema Único de Saúde; uma Autarquia Federal colocada a serviço do cidadão, para compensar a falta ações eficazes a respeito da saúde no Brasil, em consonância com a Constituição Federal. Fica claro que o Sistema Único de Saúde não é competente o suficiente para suprir a demanda necessária que a saúde dispensa; pois a precariedade que o cidadão tem no acesso a saúde, junto a esse órgão, demonstra que a demanda é maior do que o SUS é capaz de fornecer; porém o SUS fornece uma base, mesmo que mínima, para a concretização do acesso a saúde no país. Todavia o Ministério da saúde assim define o SUS:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros. Além de oferecer consultas, exames e internações, o Sistema também promove campanhas de vacinação e ações de prevenção e de vigilância sanitária – como fiscalização de alimentos e registro de medicamentos –, atingindo, assim, a vida de cada um dos brasileiros. (Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395 – Acessado em: 10 de março de 2011.)

A falta de aplicação de políticas públicas via SUS demonstra o ineficácia operacional que este órgão apresenta, quando o dever estatal é de prestar e facilitar o acesso do cidadão quando este busca a saúde de uma forma geral.

Esta ineficácia vem da falta da administração pública em cumprir e implantar as diretrizes e as regras para a efetivação do direito fundamental a saúde. Cabe então a cada cidadão usar dos meios adequados, de ter legitimado esse direito que lhe assiste; já que cada qual sabe a dificuldade operacional que dispõe esse órgão, pois este está envolto num processo democrático, que foi e ainda está sendo edificado e sendo continuamente remodelado buscando o aperfeiçoamento, pois a implantação dos Direitos Sociais num país não se faz de uma hora para outra, e sim gradualmente, mas com o empenho e o amparo do aparelho estatal.

Não poderá qualquer ente da federação eximir-se da responsabilidade de assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves, alegando ser responsabilidade de outro ente federado, ou ainda, de que este atendimento está vinculado a previsão orçamentária, pois o SUS é composto pela União, Estados-membros e Municípios.

O SUS foi criado com função de mecanismo de promoção da equidade no atendimento das necessidades de saúde da população, ofertando serviços com qualidade adequados às necessidades, independentemente dos poderes aquisitivos do indivíduo. (MARTINS, 2008, p. 69)

Muitas lutas se seguiram ao longo do tempo, em busca da efetivação dos direitos fundamentais; O SUS é uma dessas conquistas. Tem em seu seio como princípio maior, a saúde de uma forma igualitária e universal, abrigando o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu sentido mais importante: a proteção da vida. Hoje em dia o principal objetivo do SUS é o de planejar e realizar de uma forma eficaz a política de saúde pública no nosso país; que como consequência dará ao cidadão o direito de ter o acesso a saúde e ao Estado o sentido de dever cumprido.

A noção de que a saúde constitui um direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo Estado, é resultado de uma longa evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria idéia do que seja a saúde, em si mesma considerada. (FIGUEIREDO, 2007, p. 69).

A direção do SUS é exercida no campo de ação da União, pelo Ministério da Saúde, junto aos estados pela Secretaria da Saúde assim como nos Municípios. Administrativamente compete a União, aos Estados e Municípios tomarem frente quanto administrar os recursos e finanças destinados a saúde, avaliar e informar a quanto anda a saúde da população, organizar e promover políticas aplicadas a saúde, planejar e executar os projetos de atendimento ao cidadão dentre outros. Como descreve o art. 15, da lei 8080 de 1990:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;

III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;

IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;

(Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm- Acessado em 06 de Março de 2011)

Apesar de o SUS ter uma forte estrutura, organizada de uma forma regional, contando com orçamento próprio, não é capaz de alcançar o objetivo para o qual foi criado. Caminha vagarosamente para um órgão incumbido de garantir a saúde; tem um atendimento deficitário até inerte muitas vezes, falta investimento Estatal e empenho funcional. Nota-se uma estrutura mórbida.

Contudo a criação do SUS, foi um grande salto, para a efetivação do acesso imediato a saúde; mas deficitário e limitado, é negligente com o cidadão. É nessa ruptura estatal perante o seu dever, que se manifesta o Judiciário, com sua intervenção na tentativa de sanar certas falhas que apresenta o Sistema Único de Saúde; já que administrativamente se busca mas não se alcança; pede-se e não se recebe.

4. O ACESSO A SAÚDE PELA VIA JUDICIAL.

Torna-se penoso, trazer a prática, a proposta que emerge do embate entre direitos constitucionalmente assegurados como: Direito a vida e a saúde em oposição as atuais políticas públicas voltadas a saúde e a falta de recursos a ela destinada. Nasce deste confronto a intervenção do Poder Judiciário quando o acesso a saúde é negado a pessoa.que a busca.

Trazem os tribunais no Brasil, uma pacífica posição de que é dever do poder público o fornecimento de tratamentos, remédios e atendimento, que desses dependem a efetiva aplicação do direito a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana. Sólida também é a posição de que são solidários e responsáveis pelo acesso a saúde a União, os Estados e os Municípios, já que o artigo 196 da Constituição Federal, traz em seu texto que a saúde é dever do Estado, sem indicar qual o ente federado vai incidir esse dever.

Não poderá qualquer ente da federação eximir-se da responsabilidade de assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves, alegando ser responsabilidade de outro ente federado, ou ainda, de que este atendimento está vinculado a previsão orçamentária, pois o SUS é composto pela União, Estados-membros e Municípios. (MARTINS, 2008, p. 65).

Não se pode olvidar que Estados e Municípios divergem ferozmente no sentido de quem é competente para dar efetivo acesso a saúde, um incumbindo ao outro essa competência. Porém, se sabe que quando o Município custear o acesso a saúde, numa esfera que é de competência do Estado ou da União, deve aquele buscar através de ação própria o reembolso junto a esses dos valores dispensados ao custeio do acesso a saúde.

Algumas vezes cogitou-se de que a intervenção da justiça violaria o princípio da separação dos poderes, mas essa tese não progrediu, já que o Poder Judiciário não tem intervenção na política da administração pública; o judiciário confere ao cidadão um direito que já lhe é concedido pela Constituição Federal do Brasil. Assim nos traz Moraes:

A constituição, ao determinar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da República, independentes e harmônicos, adotou a doutrina constitucional norte-americana do check and balances, pois ao mesmo tempo que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da sociedade. (MORAES, 2003, p. 187).

Por vezes, tenta o Poder Público justificar que não possui suficiente aporte financeiro suficiente, para tornar eficaz seu dever de proporcionar um digno acesso a saúde para o cidadão, tal tema, traz isenção ao cidadão, que possui um direito lastreado na Constituição Federal, indisponível e que deve obrigatoriamente ser parte da prestação a ser disponível pelo aparelho estatal, preparando-se e planejando para fazer frente a indeclináveis compromissos.

A Hipossuficiência é a maior motivadora das demandas protocoladas junto ao Poder Judiciário, porém essa não é a condição imprescindível para buscar o acesso a saúde pela via judicial; a todo cidadão é assegurado de uma maneira uniforme, igualitária e universal, o direito a saúde, pois é um dever do Estado sem distinção entre as pessoas, já que certos tratamentos dispensam altos custos, e mesmo quem não está entre os hipossuficientes podem e dever recorrer ao Estado para assegurar esse direito. Assim sendo a Estado e seu deficitário sistema administrativo e financeiro frente a necessidade do cidadão em especial o que não dispõe de recursos impõe sim uma certa preferência e maioria sob aquelas pessoas mais abastadas.

O princípio da igualdade não determina o mesmo tratamento ou benefício a todos, mas assegura apenas que, no processo de formação da vontade política e não concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte

do Estado, os indivíduos sejam tratados com igual preocupação e respeito. (FIGUEIREDO, 2007, p. 165)

O acesso a saúde é amplamente debatido entre os julgadores, em especial, quando o tema se volta para que o acesso a saúde seja fornecido pelo Estado, pleiteando o amparo pela via judicial. Quando o cidadão promove sua *via crucis*, junto aos órgãos de saúde do poder público, e tem seu pedido negado, nada mais resta senão a via judicial. De posse da negativa do órgão de saúde e com prova já pré-constituída nos autos, de forma robusta quanto ao direito pretendido, ficam limitadas as alegações do Poder Público, assim como fica restrito uma maior cognição da demanda. Frequentemente tem o Estado usado como argumento, frente a uma demanda, o pretexto de só pode atuar até o limite orçamentário permitido, porém tal argumento não encontra guarida frente ao que está posto na Constituição Federal, que traz como direito de todos, o direito a vida, a saúde e são dever do Estado.

Na ausência de cumprimento da Constituição por omissão estatal na realização das políticas públicas, deve o interessado socorrer-se da via judicial como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais determinados pelo pacto constituinte. (FIGUEIREDO, 2007, p. 185)

Para uma adequada prestação jurisdicional, com o objetivo de alcançar o tratamento necessário, de forma gratuita e com urgência, a ação adequada para satisfazer tal pretensão, é o Mandado de Segurança, conforme descreve a o artigo 1º, da lei 12.016 de 2009.

Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm - acessado em: 08 de março de 2011).

O chamado “direito líquido e certo”, tem que ser provado já no primeiro momento dentro da petição inicial, assim como deve trazer consigo, prova robusta, para que o julgador se mostre convencido da necessidade ora pleiteada. Esse é o chamado remédio constitucional, que dispões o cidadão para assegurar o seu acesso a saúde, direito que lhe cabe e ônus do Estado.

O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder, constituindo-se verdadeiro instrumento de liberdade civil e liberdade política. Desta forma, importante ressaltar que o mandado de segurança caberá contra os atos discricionários e os atos vinculados, pois nos primeiros, apesar de não se poder examinar o mérito do ato, deve-se verificar se ocorreram os

pressupostos autorizadores de sua edição e, nos últimos, as hipóteses vinculadoras da expedição do ato”. (MORAES, 2003, p. 163).

Se faz necessária uma ampla e imediata atenção do Estado, no que se refere a políticas públicas voltadas a saúde, saindo desse engessamento, atuando de uma forma ativa e concreta em prol do Direitos Humanos e o que descreve nossa Constituição Federal, assumindo os compromissos nela contidos, colocando em primeiro plano o cidadão brasileiro e a dignidade da pessoa humana.

4.1 A judicialização dos Direitos Fundamentais.

Vem crescendo de uma forma vertiginosa, dentro do Poder Judiciário brasileiro, o número de demandas que trazem como objeto do pedido o acesso a saúde; seja medicamentos, tratamento ou insumos dos mais diversos. Tendo de um lado o cidadão e na outra ponta encontra-se o Estado.

Muitas decisões, lastreadas nas normas constitucionais, que asseguram o acesso a saúde sob uma forma integral, concedem aqueles que recorrem ao judiciário, a tutela pretendida quanto a necessidade de cada um. É certo que estas decisões acabam por refletir junto ao Estado e na sua prestação da saúde pública, sendo que visa tal fenômeno, tutelar o direito a saúde de forma coletiva e integral. Este procedimento do Judiciário recebeu um nome “Judicialização da política de saúde”. Esta Judicialização tem garantido a quem busca, o acesso a saúde daqueles procedimento e insumos que constam nos protocolos do SUS, como também aqueles ficam fora da relação de procedimento e de medicamentos, dispensados pelo SUS.

O não cumprimento pelo administrador público, das políticas públicas sociais, tem criado a necessidade da judicialização da exigência dos direitos fundamentais. A este clamor da sociedade, tem o poder judiciário o dever de adequar, pois não se admite o menosprezo aos direitos constitucionais. (PIOVESAN; IKAWA, 2007, pag. 638).

É desafiador quando se resolve entender as relações que existem entre o Estado e a saúde, já que as ligações entre ambos não seguem na mesma linha, pelo contrário, estabelecem uma analogia confusa, se partirmos da simples conceituação de saúde, já que cada qual tem sua definição, mas existe a necessidade de ir além

do tradicional conceito de que saúde é a ausência de doença. Assim a Organização Mundial da Saúde – OMS define a saúde:

A saúde é o estado de completo bem estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades. (Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395 – Acessado em: 10 de março de 2011).

A saúde tutelada pelo Poder Judiciário, não deve ficar atrelada ao conceito de que “saúde é a ausência de doença”, é preciso ir mais além, é necessário ter uma resposta do Judiciário sob a forma de proteção estatal e cuidados pertinentes a garantia do acesso a saúde da coletividade, promovendo serviços, intervenções e ações destinadas a prevenir e restabelecer a saúde, abstendo-se da prerrogativa estatal de que os recursos financeiros não são suficientes para tal prestação.

Eis que não cabe ao Poder Judiciário através de seus operadores, legislarem ou definirem aquilo que cabem a constituição fazer, mas tão somente, em matéria de direitos fundamentais, valorar a vida e não, o patrimônio do Estado, sob o argumento de problema orçamentários. (PIOVESAN; IKAWA, 2007, pag. 651).

A manifestação pelo Estado quanto a política pública, está longe de uma adequada formatação jurídica universal e de ser assimilada pela Justiça brasileira. As políticas públicas não são uniformes, tendo diversos modos de serem expressas, faltando-lhes uma formatação jurídica que as deixe nítida e determinada. Quase sempre essas políticas são complementos de edição de atos administrativos, por conta de criação legislativa, em todas formas mais variadas.

Além dos direitos sociais estabelecidos no artigo 6 ° da Constituição de 1988 apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, como, por exemplo, os dispositivos que fixam dentre outros deveres do Estado e direitos do cidadão. (PIOVESAN; IKAWA, 2007, pag. 651).

Não se pode olvidar que os custos com a saúde são de grande monta, já que a tecnologia tem avançado de forma dinâmica e a saúde também se beneficia desta evolução medico – tecnológica, que se afronta com o parco recurso que dispõe o Estado. Dessa forma, trazer o direito a saúde para a materialidade, faz com que o estado dispense um valor financeiro de grande monta, isso trás uma limitação para a introdução de certos critérios para racionalização de uma prestação coletiva, impedindo uma eficaz prestação do acesso a saúde para toda a população, já que

as fontes de onde provem os recursos não seguem os passos do dinamismo da tecnologia a ser implementada.

O financiamento do setor público de saúde no Brasil, em sua maior parte, advém dos recursos públicos. É composto por receitas provenientes de impostos e contribuições sociais. O impacto da economia no financiamento do setor sofre influência tanto da estrutura como das decisões orçamentárias. (MARTINS, 2008, p. 92)

O Poder Judiciário enfrenta em seu cotidiano, já que traz a sua apreciação, demandas que buscam o cidadão, de forma urgente por acesso e insumos relacionados a saúde. Assim os Juízes se vêem obrigados a admitir em suas sentenças as políticas públicas que já estão fundadas e disponíveis, porém sem por em perigo a vida da pessoa que está representada na lide, já que no curso do moroso processo político e administrativo afrontam com o que necessita o cidadão, que é uma prestação imediata, eficaz e com caráter de urgência.

Os benefícios perseguidos pela população como a saúde, educação, saneamento básico, dentre outros, colocam o cidadão em litigância com a Administração Pública, responsável pela implementação dos direitos fundamentais através de políticas públicas; deve estar o Poder Judiciário, a fim de assegurar a cada um aquilo que a constituição da República previa mente já conferiu. (PIOVESAN; IKAWA, 2007. pag. 631).

4.2 O Estado e a reserva do possível.

Quando se traz a tona o tema que, envolve o Poder Público e sua capacidade limitada, em dotar as exigências sem limites da sociedade em diversos segmentos como: saúde, educação, transporte, segurança e demais setores de sua competência.

Diante de uma posição otimista, considera-se que o Estado encontra-se numa posição, aceitavelmente aparelhada, de modo que possa cumprir sua função social, mas diante das condições atuais, proporcionar um atendimento por inteiro para aqueles que buscam uma prestação obrigacional do Estado é quase impossível.

De modo pormenorizado, tal situação gera um desagrado, uma insatisfação coletiva, que tem como o Judiciário, como um alento a esse sofrimento, tomando parte em decisões que figura no pólo passivo o Poder Público, onde sua

prestação deveria ser satisfeita, mas não o faz da forma que fora reivindicada e até mesmo obrigada.

Quando provocado o Judiciário vem atuando em favor de quem busca seus interesses não satisfeitos, diante da inércia do Estado, determinando que tal propósito seja efetivado. Descartando argumentos trazidos pelo Poder Público, que a tal tempo, não teriam capacidade de prover tais medidas, ante a escusa de faltar-lhe aporte financeiro e material humano para promover tal execução.

Desencadeando, a partir de decisões desta estirpe, sérios problemas para a Administração Pública posto que o administrador, ciente de que deve conferir fiel implementação a uma decisão judicial, passa a ter de fazer verdadeiros malabarismos para, por exemplo, retirar recursos financeiros de uma determinada área com o intuito de que seja aplicado em outra, conforme ordenado pela determinação judicial.

De certo haverá a não aplicação de recursos em determinadas áreas anteriormente planejadas pelo Estado, que ficará desprovida de ações, por culpa de ordem judicial o aporte financeiro será destinado ao cumprimento de tal ordem. Que trazem consigo um problema administrativo, como a não execução de serviços que o Poder Público estava comprometido a prestar em determinados setores.

A constante evolução social em âmbito mundial, trouxe transformações rápidas, uma delas seria a tecnológica, que teve um avanço magnífico que impeliu o conhecimento que outrora era inexistente. Porém essa evolução nem todos são capazes de acompanhar, seja por inércia própria ou privação frente ao auxílio do Estado e da sociedade, que lhe dêem condições de crescer na vida pessoal e profissional, assim adaptando-se ao estilo de vida evolutivo proposto. O fato de não adaptar-se, os colocam à margem da sociedade, por não se adaptarem a tal evolução, como causa, perdem a capacidade de providenciar seu ato sustento.

A globalização e o crescimento da população mundial, formam entraves para uma correta aplicação do modelo gerencial Estatal já existente, quanto a prestar às pessoas um tratamento para suprir alguma carência que por tentar com seu próprio esforço, não foi capaz de alcançar. O Estado se vê então numa condição de não poder atender de forma satisfatória, o que a este é reivindicada; tendo ainda o agravo de ter essas reivindicações seguir uma linha vertiginosamente ascendente. Como consequência do não atendimento Estatal, vem o aforamento de ações

judiciais, requerendo a intervenção do Poder Judiciário para o pronto atendimento a tal pedido, ora não prestado a quem o pleiteia.

É no campo da saúde, onde se verifica, que o judiciário vem obrigando o Poder Público, a fornecer medicamento e insumos ao cidadão que busca o seu direito, diante da carência em obter com seus próprios recursos. Diante das demandas que vem sofrendo o Estado, este buscou de forma alternativa, argumentos para impedir que esses pedidos viessem a se efetivar, causando um desfuncionamento do aparelho Estatal, ocasionado por custos elevados e não planejados; porém sem menosprezar o desejo de quem busca receber esse benefício do Poder Público.

O Estado, buscou uma solução para argumentar tais demandas, chamada de “princípio da reserva do possível”. Onde busca postar certos itens reguladores para as ordens recebidas do Poder Judiciário que obrigam a prestar certos pedidos pleiteados.

Vem da Alemanha, a teoria do princípio da reserva do possível, que sustentou que os limites orçamentários Estatais, podem implicar diretamente sobre os direitos sociais, que deixam estes a mercê de condições materiais, e econômicas.

Esta posição se originou num famoso julgamento que ocorreu na Alemanha, onde por via judicial, um estudante, não conformado por não ter vaga suficiente para que pudesse freqüentar o ensino superior público; pleiteou junto ao Poder Judiciário, uma decisão favorável para que este tivesse garantido o seu direito de freqüentar a academia pública.

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (Teilhaberecht) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. (KRELL, 2002, p. 52)

Conforme decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que deliberou no seguinte sentido: até se poderia exigir do Estado uma prestação que envolvesse um interesse, ou uma prestação que fosse executada em benefício do interessado, mas com grande ressalva, “teria que observar os parâmetros e o limite da razoabilidade”.

Destacou a Corte alemã, que os Direitos Sociais, estão sim sujeitos a reserva do possível, cabendo a pessoa que os clama, espera-lo de uma maneira a usar a razão.

Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos (KRELL, 2002, p. 55)

Merece uma especial atenção, o critério razoabilidade. Já que sempre é pertinente se ater, quanto a posição do Magistrado, que se vê diante da dúvida que lhe cerca, e busca saber, como determinar quando a dignidade da pessoa humana é uma mínimo existencial, ou seja, qual o limite entre o direito subjetivo e a reserva do possível.

Pertinente se faz concluir que a razoabilidade está restrita à um plano de equilíbrio de uma decisão e que a proporcionalidade *latu senso*, examina o ajustamento do caminho escolhido que vai delimitar um direito em favor de outro; exigindo que se faça uma escolha pela alternativa de menor onerosidade junto ao valor sacrificado, vem então a proporcionalidade *estrito sensu*, que nada mais é do que comparar os bens que estão em discussão.

Aristóteles, o fundador da ética, em sua obra, *Ética a Nicômaco*, resume a tese do equilíbrio, do razoável, no tempo em que ciência, leciona que está no intermediário a solução.

E porque, por definição, um enunciado normativo não pode, por si mesmo, oferecer uma resposta unívoca às demandas objeto de controvérsia (já que a vida produz, em realidade, muito mais problemas jurídicos que os que ao legislador foi possível prever), aqui entra em cena, com toda evidência, o caráter razoável – no sentido dado por Aristóteles no Livro III da *Ética a Nicômaco* – do direito: razoável há de ser a conexão entre a norma e as exigências contingentes do caso; razoável, a valoração e a eleição entre as diferentes alternativas que tem que realizar o intérprete no jogo combinado de passos lógicos e de avaliações em que consiste seu procedimento. Razoável, por último – inclusive no sentido de uma argumentação que contenha “boas razões” para que a decisão seja admitida –, tem que ser a justificação judicial das eleições em que se fundamenta a decisão, a qual, nesta condição, não somente deve viabilizar um efetivo equilíbrio entre exigências contrapostas como, e muito particularmente, lograr uma maior aceitabilidade e consenso por parte da comunidade na qual se insere. FERNANDEZ, Atahualpa. Prudência e interpretação jurídica. Sítio eletrônico da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>. Acesso em 22/04/2011.

A posição clara a qual se filia Ingo Sarlet, traz que no que tange o mínimo existencial, a pessoa, tem sim um direito subjetivo, perante ao Estado, sendo plausível, a disposição de ação judicial e confiar ao Magistrado o bem mais precioso, a vida. Porém quando se trata de outras a exigências individuais, que não seja um bem como a vida, o caminho a se trilhar é a destinação de recursos orçamentários.

Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além de uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é levar a sério o problema da escassez. (SARLET, 2004, p 349)

Necessário se faz, com que o Magistrado se atente também, as limitações fácticas e não só as limitações jurídicas, para concretizar a efetivação dos direitos de proteção da pessoa em face ao Estado, além de levar em consideração a dignidade humana imersa na garantia do mínimo existencial e as políticas públicas delineadas para a coletividade.

É, pois, dever do Magistrado atentar às limitações não só jurídicas, como também as fácticas, à realização dos direitos de proteção do indivíduo frente ao Estado, e ponderar a dignidade humana dentro da garantia ao mínimo existencial e as políticas públicas traçadas pela coletividade.

Por outra, los deberes de protección tienen el carácter de principios, es decir, exigen una protección lo más amplia posible con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, lo que significa que pueden entrar en colisión con otros principios. (ALEXY, 1993, p. 448).

Não se pode tocar na palavra Políticas Públicas, se não se trazer a tona a palavra “orçamento”. Doutrinamente falando, esta figura não é só de natureza contábil, mas de dimensão legal e de assento constitucional, como nos leciona Piscitelli:

A ação planejada do Estado, quer na manutenção de suas atividades, quer na execução de seus projetos, materializa-se através do orçamento público, que é o instrumento de que dispõe o Poder Público (em qualquer de suas esferas) para expressar, em determinado período, seu programa de atuação, discriminando a origem e o montante dos recursos a serem obtidos, bem como a natureza e o montante dos dispêndios a serem efetuados. (PISCITELLI, 2004, p 42.).

O Estado, por meio de seu orçamento-programa, delineia sua política para os vários âmbitos sociais, estabelecendo suas despesas e para posteriormente custe-las, prevê suas fontes para arrecadar seu aporte financeiro. Então o Executivo traça as políticas públicas a serem efetivadas com o competente aval do legislativo c

ontudo, não de forma exclusiva, visto que o sistema orçamentário é complexo.

Assim o temos :

Os órgãos do Poder Executivo e demais Poderes enviam suas propostas para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão/Secretaria de Orçamento Federal, órgão central do sistema orçamentário, que analisa e consolida as propostas orçamentárias. É nesse momento que o órgão central realiza os ajustes, que são negociados com os órgãos setoriais do Poder Executivo, decorrentes de revisão das estimativas de receitas e fixação das despesas...O processo legislativo tem início com a apreciação dos projetos de lei relativos ao orçamento anual pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do Regimento Comum. (PISCITELLI, 2004, p. 44.).

Frente a seu orçamento, não vincula o Estado sua receita proveniente dos impostos, este se adere ao princípio orçamentário, onde não deve destinar nem fixar qualquer percentual fixo a uma determinada despesa, já que tal atitude, engessaria o Poder Executivo na sua função administrativa. Exceções à regra são dadas pelo Texto Maior, no tocante à gastos em educação e saúde .

Não se pode olvidar das limitações financeira, já este se atrela ao orçamento Estatal.

A efectivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende, também, e sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros. (MIRANDA, 1998, p 348).

Em ato contínuo, trazemos novamente a aplicação da reserva do possível, que a este ponto até poderia granjear alguma legitimidade, para os casos em que o Estado está empenhado de uma forma progressiva buscando implantar um direito, como leciona Scaff:

“A teoria da reserva do possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível”. (SCAFF, 2005, p 225).

Não tem se curvado o Poder Judiciário, diante do esquivo Estatal, que fica a sombra da reserva do possível para se eximir da obrigação prestacional, em fornecer o que pleiteia a pessoa, dentro de seu direito subjetivo. Nota-se que o Poder Judiciário está bem intencionado quanto ao intuito de conferir cabal aplicabilidade às normas diretoras do sistema jurídico, por vezes arvoreando a hercúlea tarefa de tentar suprir todas as carências sociais, mediante a expedição de

uma ordem judicial, alcançando a efetividade, mesmo face a prerrogativa Estatal da inexistência de condições materiais e econômicas para implementação e aplicação de tal direito suplicado.

4.3 O Diabetes.

Para uma segura afirmação a cerca do conceito, complicações e medicamentos dentre outros sobre a diabetes buscamos fontes seguras como os sites: <http://www.diabetes.org.br> e <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/default.cfm>, do Ministério da Saúde. Norwood, Janet W. & Inlander, Charles B. Entendendo a Diabetes Para educação do Paciente. Julio Louzada Publicações. São Paulo, 2000. e Diabetes de A a Z: o que você precisa saber sobre diabetes explicado de maneira simples. American Diabetes Association. JSN editora. São Paulo, 1998. Consultora: Dra. Claudia Pieper – Comitê Editorial do Site da Sociedade Brasileira de Diabetes. – Consultor: Dr. Balduino Tschiedel, Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Diabetes. Conforme textos transcritos a partir do item 4.2 até o item 4.3.11.

- diabetes-tipo-1.

O diabetes é uma síndrome causada pela deficiência relativa ou absoluta de insulina, resultante de alteração na função secretora do pâncreas ou de resistência à ação da insulina nos tecidos alvos. De acordo com a classificação etiológica, o diabetes está dividido em tipo 1 (anteriormente conhecido como diabetes insulino-dependente) e tipo 2 (anteriormente conhecido como diabetes não insulino-dependente).

A insulina é hormônio produzido pelo corpo através do pâncreas, é a substância responsável pela quebra da glicose, promovendo a sua absorção pelas células, sendo assim, dizemos que a insulina proporciona a redução da glicemia, que é a taxa de glicose no sangue. Existem dois tipos básicos de insulina: de ação rápida e de ação intermediária. Quando há uma deficiência na produção de insulina, a glicose começa a se acumular no sangue, estabelecendo um quadro de hiperglicemia crônico, caracterizado como Diabetes Mellitus tipo 1 ou 2.

No tipo 1, os paciente necessitam de injeções diárias de insulina, pois o organismo não consegue mais produzir esse hormônio. Já no tipo 2, os pacientes

podem, eventualmente precisar de doses complementares para auxiliar na manutenção dos níveis normais de insulina, mas eles não são totalmente dependentes como os pacientes que possuem diabetes tipo 1.

A literatura científica aponta três objetivos terapêuticos primordiais no controle do diabetes: controle dos sintomas agudos, prevenção das complicações crônicas e tardias e melhora da qualidade de vida. Por isso, o enfoque atual não se reduz ao controle glicêmico para obtenção de melhora dos distúrbios metabólicos que caracterizam a doença. Ao contrário, estende-se à prevenção primária e secundária das complicações da doença, avaliando também o diabetes como importante fator de risco para doença cardiovascular.

4.3.1 Diabetes Tipo 1

O diabetes Tipo 1 (DM1) é uma doença auto-imune caracterizada pela destruição das células beta produtoras de insulina. Isso acontece por engano porque o organismo as identifica como corpos estranhos. A sua ação é uma resposta auto-imune. Este tipo de reação também ocorre em outras doenças, como esclerose múltipla, Lupus e doenças da tireóide.

A DM1 surge quando o organismo deixa de produzir insulina (ou produz apenas uma quantidade muito pequena.) Quando isso acontece, é preciso tomar insulina para viver e se manter saudável. As pessoas precisam de injeções diárias de insulina para regularizar o metabolismo do açúcar. Pois, sem insulina, a glicose não consegue chegar até às células, que precisam dela para queimar e transformá-la em energia. As altas taxas de glicose acumulada no sangue, com o passar do tempo, podem afetar os olhos, rins, nervos ou coração.

A maioria das pessoas com DM1 desenvolve grandes quantidades de auto-anticorpos, que circulam na corrente sanguínea algum tempo antes da doença ser diagnosticada. Os anticorpos são proteínas geradas no organismo para destruir germes ou vírus. Auto-anticorpos são anticorpos com “mau comportamento”, ou seja, eles atacam os próprios tecidos do corpo de uma pessoa. Nos casos de DM1, os auto-anticorpos podem atacar as células que a produzem.

Não se sabe ao certo por que as pessoas desenvolvem o DM1. Sabe-se que há casos em que algumas pessoas nascem com genes que as predispõem à doença. Mas outras têm os mesmos genes e não têm diabetes. Pode ser algo próprio do organismo, ou uma causa externa, como por exemplo, uma perda emocional. Ou também alguma agressão por determinados tipos de vírus como o coxsackie. Outro dado é que, no geral, é mais freqüente em pessoas com menos de 35 anos, mas vale lembrar que ela pode surgir em qualquer idade.

4.3.2 Sintomas.

Pessoas com níveis altos ou mal controlados de glicose no sangue podem apresentar: Vontade de urinar diversas vezes; fome freqüente; sede constante; perda de peso; fraqueza; fadiga; nervosismo; mudanças de humor; náusea; vômito.

4.3.3 Medicamentos para Diabetes Tipo 1

O tratamento do diabetes tipo 1, na maioria dos casos, consiste na aplicação diária de insulina, dieta e exercícios , uma vez que o organismo não produz mais o hormônio. A quantidade de insulina necessária dependerá do nível glicêmico. Naturalmente, a alimentação também é muito importante, pois ela contribui para a determinação dos níveis glicêmicos. Os exercícios físicos baixam os níveis, diminuindo, assim, a necessidade de insulina.

Existem diferentes tipos de preparação de insulina, que distinguem-se pela velocidade com que é absorvida do tecido subcutâneo para o sangue (início da ação) e pelo tempo necessário para que toda a insulina injetada seja absorvida (duração da ação).

Insulina de ação rápida.

Esta é uma solução límpida (transparente) de insulina que possui rápido início e uma curta duração de ação. As insulinas de ação rápida atingem o sangue e começam a reduzir o açúcar sangüíneo aproximadamente ½ hora após a injeção. Porém, como os nutrientes dos alimentos são absorvidos ainda mais rapidamente do intestino para a corrente sangüínea, a insulina deve ser injetada ½ hora antes de uma refeição.

Insulina de ação ultra-rápida

Assemelha-se à água de rocha, cristalina e transparente. Sua ação se inicia em 1 a 5 minutos, atinge o pico em 30 minutos, período máximo de ação persistente até 2,5 horas e dura de 3 a 4 horas. Não contém protamina ou zinco. Age de maneira mais semelhante à produzida pelo pâncreas normal.

Insulina de ação lenta

O conteúdo é leitoso, turvo, em decorrência de substâncias que retardam a absorção e prolongam seus efeitos. A insulina é preparada com zinco. Sua ação inicia-se em 1 a 3 horas, atinge o máximo no sangue (pico) em 8 a 12 horas e dura de 20 a 24 horas. É a insulina que mais se aproxima do ideal no controle rotineiro do diabetes.

Insulina de ação ultralenta

Tem aspecto leitoso e também é preparada com zinco. Sua ação tem início em 4 a 6 horas. Seu pico acontece após 12/16 horas e tem duração de 24 horas, podendo atingir 36 horas.

Insulina de ação intermediária

Esta insulina é obtida pela adição de uma substância que retarda a absorção da insulina. A combinação da insulina com uma substância de retardo geralmente resulta na formação de cristais que dão ao líquido uma aparência turva.

Insulina pré-mistura

Existem também misturas prontas de insulinas de ação rápida e de ação intermediária. Estas pré-misturas são apresentadas em várias e diferentes

combinações pré-misturadas, contendo de 10 - 50% de insulina de ação rápida e de 90 a 50% de insulina de ação intermediária.

Insulina de ação prolongada

Finalmente, há insulinas de ação prolongada, feitas através de técnicas de recombinação genética, que possuem uma duração em torno de 24 horas. São as insulinas mais atuais, e tentam aproximar-se da insulina basal ideal.

É importante observar que os tempos de duração e absorção aqui descritos são apenas aproximados. A absorção da insulina sempre depende de fatores individuais. O tamanho da dose é outro fator: quanto maior a dose, maior a duração.

4.3.4 Diabetes Tipo 2

Sabe-se que o diabetes do tipo 2 possui um fator hereditário maior do que no tipo 1. Além disso, há uma grande relação com a obesidade e o sedentarismo. Estima-se que 60% a 90% dos portadores da doença sejam obesos. A incidência é maior após os 40 anos.

Uma de suas peculiaridades é a contínua produção de insulina pelo pâncreas. O problema está na incapacidade de absorção das células musculares e adiposas. Por muitas razões, suas células não conseguem metabolizar a glicose suficiente da corrente sanguínea. Esta é uma anomalia chamada de "resistência Insulínica".

O diabetes tipo 2 é cerca de 8 a 10 vezes mais comum que o tipo 1 e pode responder ao tratamento com dieta e exercício físico. Outras vezes vai necessitar de medicamentos orais e, por fim, a combinação destes com a insulina.

4.3.5 Sintomas.

Os principais sintomas que se verifica na pessoas que é portadora do diabetes tipo 2 são: Infecções freqüentes; alteração visual (visão embaçada); dificuldade na cicatrização de feridas; formigamento nos pés; furunculose.

4.3.6 Medidores de Glicemia

O medidor de glicemia é essencial para o controle do diabetes. A única maneira de dominar a situação tomando nota dos níveis glicêmicos e reconhecer quando estão anormais para tomar as providências necessárias. há uma grande variedade de marcar de medidores que detectam a quantidade de glicose que flutuam pelo sangue. A maioria utiliza um dos dois métodos existentes para medir a glicemia.

Há os que usam o químico, que mudam de cor após entrar em contato com a glicose do sangue. Depois a fita inserida no medidor, que verifica a intensidade da cor e produz uma leitura eletrônica traduzida por computador da quantidade de glicose (mg/dl) no sangue.

Outros medidores mensuram uma corrente elétrica no sangue, que também está em uma fita. Uma enzima especial transfere os elétrons da glicose para um químico na fita e o medidor calcula este fluxo de elétrons como corrente.

Destacam-se dentre outros os principais tipos de medidores de glicemia: Fitas reagentes, Fita de Leitura Visual para cetonúria, Lancetas, Bomba de Insulina, Tubo de infusão, Injetores, Caneta

4.3.7 Os tipo de Insulinas.

A insulina é uma pequena molécula equivalente à proteína secretada pelas células beta no pâncreas. Suas maiores funções são fazer com que os músculos e células gordurosas absorvam a glicose e fazer com que o fígado fabrique menos glicose.

Existem diferentes tipos de insulina, todos com características diferentes as mais comuns são as insulinas: NPH, Humana Regular, Lantus e Humalog.

Ao determinar a melhor insulina, há três características importantes a serem compreendidas e consideradas. A primeira é o tempo de ação da insulina. É o tempo que leva para a insulina chegar à corrente sanguínea e começar a diminuir seu nível de glicose. A segunda é o pico da insulina. É a hora em que a insulina está no seu ponto máximo em termos de redução do nível de glicose. A terceira característica da insulina é sua duração. É o tempo que a insulina permanece no corpo, continuando a trabalhar e diminuir seus níveis de glicose.

Com bastante frequência, essas insulinas são usadas em uma espécie de combinação para atender as suas necessidades de início, pico e duração da ação. E, embora as características dos tipos da insulina tenham sido estudadas e documentadas detalhadamente, existe uma singularidade em cada pessoa e que a resposta a cada insulina pode variar em relação ao que se espera.

Quando a insulina foi disponibilizada pela primeira vez em 1923, havia apenas um tipo, a insulina comum. Embora fosse de origem animal, ainda está disponível até hoje, em uma forma de DNA recombinante. A insulina comum, também chamada de insulina R, é uma insulina de ação curta que geralmente começa a funcionar dentro de 30 a 60 minutos, chega ao pico 2 a 4 horas depois da injeção e geralmente está fora do seu organismo entre 6 e 8 horas.

Nos anos 50, pesquisadores europeus desenvolveram dois novos preparados de insulina que reduziram as quatro ou seis injeções necessárias por dia para duas. O primeiro desses novos preparados de insulina foi a insulina NPH, que acrescentou uma proteína de peixe, a protamina, à insulina comum para retardar sua absorção. A NPH é uma insulina de ação intermediária que geralmente começa a funcionar em 2 a 4 horas, chega ao pico em 6 a 10 horas e sai do sistema em 16 a 24 horas.

O outro novo preparado produziu dois tipos de insulina, a insulina Lenta e Ultralenta. Essas insulinas foram produzidas cristalizando-se a insulina comum em diferentes graus.

Com a cristalização da insulina, leva mais tempo para ela ser absorvida, prolongando, assim, sua ação no corpo. A insulina Lenta, uma insulina de ação intermediária, como a NPH, geralmente começa a funcionar em 3 a 4 horas, chega ao pico em 6 a 12 horas e dura de 20 a 26 horas. Em comparação, a Ultralenta é

cristalizada a um grau maior e é considerada uma insulina de ação prolongada. Geralmente, começa a funcionar em 4 a 6 horas, chega ao pico em 10 a 20 horas e costuma sair do corpo 24 a 36 horas depois da injeção. Devido a sua ação prolongada, geralmente é chamada de insulina "sem pico", com uma liberação aparentemente contínua durante um longo período de tempo.

Entretanto, estudos mostraram que a insulina Ultralenta é absorvida em graus em diferentes pessoas diferentes. Para algumas pessoas, a Ultralenta funciona como uma insulina de ação intermediária, enquanto para outras, tem ação longa.

Há insulinas mais recentes: a Lantus, também conhecida como glargina e a Lispro. A glargina é a verdadeira insulina "sem pico". Ela é aplicada uma vez por dia e, funciona igualmente por 24 horas.

Um quarto tipo de insulina consiste nas insulinas de ação rápida como a insulina lispro e a insulina aspart. Esse tipo de insulina começa a fazer efeito 5 a 10 minutos depois de injetada, chega ao pico cerca de 1 a 2 horas e sai em aproximadamente 3 a 5 horas. Essa insulina mais recente age muito mais rápido do que a insulina comum e pode ser injetada pouco antes da refeição, em vez de 30 minutos antes, tempo recomendado para a insulina comum.

4.3.8 Insulina Regular.

Também conhecida como insulina cristalina; apresenta as seguintes características:

- Possui pH neutro (7,4), o que lhe confere maior estabilidade em temperatura ambiente (2-3 semanas);
- Via de administração: IV, SC ou IM; Ø SC: 30' antes das refeições;
- Pico máximo: 2 a 4 horas;
- Duração: 6 a 8 horas;
- IV: atividade máxima após 30';
- É a insulina de escolha no diabetes descompensado associado a situações como infecção, choque ou trauma cirúrgico;
- Além de CETOACIDOSE (IV).

- Pode ser usada em bomba de infusão e utilizada junto com a insulina intermediária nas terapêuticas de forma intensiva do DM; NOMES COMERCIAIS: Insulinas humanas: HUMULIN R® (Lilly), NOVOLIN R®, INSUMAN® (Aventis); BIOHULIN R® (Biobrás).

- Insulina bovina/suína: IOLIN R® (Biobrás);
- Insulina suína: MONOLIN R® (Biobrás).

4.3.9 Insulina NPH.

Também conhecida como lenta; apresenta as seguintes características:

- A Absorção lenta, pois é conjugada à protamina;
- A protamina é uma proteína retirada do espermatozóide do salmão que retarda a absorção da insulina pelo tecido subcutâneo;
- Seu pH é neutro (7,4);
- Início de ação: 1 a 2 horas após a aplicação;
- Pico máximo: 8 a 12 horas; § Duração: 22 a 28 horas;
- Usada geralmente em combinação com a insulina lispro ou de ação regular;
- Não deve ser utilizada em situações de emergência nem no tratamento inicial da cetoacidose diabética;
- Via de administração: SC;
- Dosagem: adultos – 10 a 20UI 30 a 60' antes do café. A dose a noite deve ser dada antes do jantar ou ao deitar;
- NOMES COMERCIAIS: Insulinas humanas: BIOHULIN N® (Biobrás); HUMULIN N® (Lilly); HUMULIN 70/30®; HUMULIN 80/20®; HUMULIN 90/10® (90% NPH + 10% regular); NOVOLIN N® (Novo-Nordisk); NOVOLIN 70/30®; INSUMAN® (Aventis); INSUMAN 75/25;
- Insulina bovina/suína: IOLIN N® (Biobrás);
- Insulina suína: MONOLIN N® (Biobrás).

4.3.10 Insulina Glargina.

A insulina glargina comercialmente conhecida como Lantus, é um análogo da insulina basal utilizada uma vez ao dia com um tempo de ação de 24h que provê controle glicêmico efetivo com reduzido risco de hipoglicemia (particularmente noturna) comparada com a insulina NPH em pacientes com diabetes tipo 2.

Um recente estudo mostrou que mais pacientes com insulina glargina alcançaram níveis de HbA(1c) $\leq 7,0\%$ sem hipoglicemia noturna confirmada comparada com insulina NPH.

As principais características da insulina glargina (Lantus) são as seguintes:

- Perfil de atuação de 24h
- Regular
- Sem picos de ação, imitando a secreção basal da insulina natural do pâncreas de uma pessoa sem diabetes.
- Devido a seu tipo de ação, a glargina apresenta menos episódios de hipoglicemias do que a insulina NPH.
- Uma aplicação diária, melhorando a adesão do paciente.
- Solução clara dando maior regularidade e previsibilidade de ação (a NPH é uma suspensão que muitas vezes não é homogenizada antes da aplicação).
- Não pode ser misturada a outras insulinas e outras soluções.
- Não pode ser usada via endovenosa.
- Não deve ser usada em pacientes grávidas.
- Excelente resultados em diabetes tipo 1 quando combinada com insulinas regulares ou ultra rápidas antes das refeições. (Não foram feitos estudos em crianças menores de 6 anos).
- Excelente resultados no diabetes tipo 2 quando combinada com antidiabéticos orais.
- Quando das necessidades de aumentar a quantidade de Insulina apresenta muito menor índice de hipoglicemias quando comparada à NPH.
- Menos hipoglicemia com menor quantidade de Insulina (20 a 30% menos)
- Não levando a aumento de peso.

Apresentação:

- Frasco de 10 ml (1 ml= 100 unidades) para uso em seringas de insulina.
- “Refil” de 3 ml para uso em caneta descartável Optiset.

Os benefícios do uso da insulina glargina têm sido comprovados por todos os usuários e endocrinologistas, principalmente na prevenção das complicações que o diabetes pode causar. O Ministério da Saúde gasta milhões de reais todos os meses em internações, aposentadorias precoces e outros tipos de despesas causadas por anos de um tratamento inadequado do paciente portador de diabetes. Seria uma medida bastante interessante a ser pensada o método de “prevenção das complicações”, ao invés do atualmente adotado que é o da “remediação”.

O preço da insulina glargina ainda é proibitivo para a maioria dos portadores de diabetes do nosso país e cabe ao nosso governo perceber isto. Fornecer a glargina a esta população, com certeza, iria poupar muitos gastos futuros. Vale lembrar que quem chega ao posto de saúde para “pedir” medicamentos, trata-se de um cidadão que pagou seus impostos a vida inteira e que agora, por motivos de doença, está buscando seus direitos adquiridos ao longo dos anos.

4.3.11 Insulina Lispro

A insulina lispro é um análogo da insulina humana derivada de ADN recombinante, uma droga de ação rápida na redução da glicose no sangue. Foi criada pela inversão dos aminoácidos nas posições 28 e 29 da cadeia B. HUMALOG consiste de cristais de insulina zíncica lispro dissolvidos em um líquido claro. Não foi adicionado ao HUMALOG nada que modifique a velocidade ou duração de sua ação.

Atividade antidiabética: A atividade primária da insulina, incluindo a insulina lispro, é a regulação do metabolismo de glicose. Além disso, todas as insulinas possuem diversas ações anabólicas e anticatabólicas sobre muitos tecidos do organismo. No músculo e outros tecidos (exceto o cérebro), a insulina causa um rápido transporte intracelular de glicose e aminoácidos, promove o anabolismo e inibe o catabolismo de proteínas. No fígado, a insulina promove a captação e o armazenamento da glicose em forma de glicogênio, inibe a gliconeogênese, e promove a conversão do excesso de glicose em gordura.

A insulina lispro tem mostrado ser equipotente à insulina humana em base molar. Estudos realizados em voluntários normais e em pacientes com

diabetes mostraram que a insulina lispro possui um início de ação e um pico mais rápido e uma duração mais curta da atividade hipoglicemiante que a insulina humana regular.

Uma unidade de insulina lispro tem o mesmo efeito de diminuir a taxa de glicose do que uma unidade de insulina regular humana, mas o efeito da insulina lispro é mais rápido e mais curto. O início mais rápido da atividade da insulina lispro, aproximadamente 15 minutos após a sua administração, está relacionado diretamente com a velocidade de absorção mais rápida. Isso permite que a insulina lispro seja administrada mais próxima a uma refeição (até 15 minutos antes) quando comparada com a insulina regular (30 a 45 minutos antes).

Em casos especiais, a insulina lispro pode ser administrada imediatamente após a refeição. A insulina lispro exerce seu efeito rapidamente, com uma duração mais curta de sua atividade, até 5 horas.

A velocidade de absorção da insulina lispro e conseqüentemente, o início de sua atividade, podem ser afetados pelo local de injeção e outras variáveis.

A atividade hipoglicemiante da insulina lispro é comparável com a da insulina regular humana quando administradas a voluntários normais por via intravenosa.

O início mais rápido da ação de HUMALOG e sua duração de ação mais curta comparados à insulina humana regular são mantidos em pacientes com insuficiência renal ou hepática.

Propriedades Farmacocinéticas: Absorção e Biodisponibilidade: A insulina lispro é tão biodisponível quanto a insulina regular humana, com uma taxa absoluta de biodisponibilidade entre 55 - 77, inclusive com doses entre 0,1 - 0,2 U/Kg. Estudos em voluntários normais e em pacientes com diabetes tipo 1 (insulino-dependentes), demonstraram que a insulina lispro é absorvida mais rapidamente do que a insulina regular humana (U-100). A insulina lispro foi absorvida em uma velocidade consistentemente mais rápida que a insulina regular humana em voluntários sadios do sexo masculino, tomando 0,2 U/Kg de insulina regular humana ou insulina lispro. Após a administração abdominal de insulina lispro, os níveis séricos da droga são altos e a duração da ação é levemente menor que quando aplicada na região deltóide ou na coxa.

Quando a insulina lispro é administrada por via subcutânea, sua meia vida é bem mais curta, comparada à insulina regular humana (1 versus 1,5 horas,

respectivamente). Quando administradas por via intravenosa, a insulina lispro e a regular humana mostraram excreção dose-dependente idênticas, com uma meia-vida de 26 e 52 minutos em 0,1 U/Kg e 0,2 U/Kg, respectivamente.

4.4 A posição do Estado e o fornecimento da Insulina.

Tomando como fonte de pesquisa a Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204 promovida pelo Procurador da República Dr. Darlan Airton Dias, nos traz que à luz das evidências científicas mais atuais, o Ministério da Saúde adotou como padrão de tratamento do Diabetes Mellitus medicamentos essenciais, preconizados pela Organização Mundial de Saúde - OMS, referendados pelo Comitê Técnico Assessor do Plano de Reorganização da Atenção a Hipertensão Arterial e ao Diabetes Mellitus, que são disponibilizados em toda a rede pública de saúde do SUS e todas as unidades básicas de saúde dispensarão os medicamentos.

Os análogos de insulina pleiteados (glargina, levemir, aspart e lispro) pelos portadores do diabetes, junto a justiça, não estão padronizadas no Programa do Ministério da Saúde, que é o responsável pela seleção e definição dos medicamentos a serem fornecidos aos portadores de Diabetes, de acordo com a Lei n. 11.347/2006.

Como alternativa terapêutica, as Unidades Locais de Saúde Municipais (postos de saúde) disponibilizam a Insulina NPH e a Insulina Humana Regular 100 UI, conforme a mencionada Portaria Ministerial n. 2.583/2007 e a Portaria nº 3.237/2007, que fixa normas de execução e financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica de Saúde e define que a responsabilidade de aquisição e distribuição destes medicamentos é do Ministério da Saúde, o qual repassa às Secretarias de Saúde dos Estados, e estas, por sua vez, encaminham aos Municípios, que dispõem por meio dos Postos de Saúde, conforme as pactuações estabelecidas na Deliberação 008/CIB-08 da Comissão Intergestores Bipartite (acordo entre Estado e Municípios).

As insulinas são fundamentais para a prevenção primária e secundária das complicações do diabetes tipo 1 e, dependendo do caso, podem ser úteis no diabetes tipo 2. Elas apresentam diferentes tipos de ação, de acordo com o tipo de

preparação. A insulina NPH apresenta uma ação intermediária e a insulina regular, uma ação curta. Esse tempo de ação define o número de aplicações diárias.

Nestes termos, a insulina regular é importante para um controle mais rápido da glicemia. Quando associada a uma insulina de ação intermediária, como a NPH, compõe um esquema de administração ambulatorial que mimetiza a secreção hormonal diária normal. Associada a hábitos de vida saudáveis e a uma educação do indivíduo sobre o que representa a doença, essa combinação insulínica permite a prevenção de sintomas agudos e crônicos do diabetes, com a melhora da qualidade de vida dos indivíduos.

Estudos comparando a utilização dos análogos de insulina pleiteados com as insulinas padronizadas NPH e regular, no tratamento do diabetes mellitus tipo 1, concluíram que não existem vantagens significativas no controle da glicemia. Outrossim, o custo dos análogos é muita vezes superior.

Faz-se necessário ressaltar que o controle metabólico para todos os pacientes portadores de diabetes tipo 1 deve ser realizado por meio de uma combinação de medidas clínico-laboratoriais, tais como glicemia pré-prandial, glicemia pós-prandial e dosagem de hemoglobina glicosilada. Para esses, ainda há no Componente Básico da Atenção Farmacêutica as fitas para automonitoramento da glicemia. Essa prática de automonitoramento, quando realizada por indivíduos, aliada ao uso das insulinas NPH e regular e de medidas não-medicamentosas, são as alternativas mais custo-efetivas para a prevenção dos sintomas graves do diabetes tipo 1.

De igual sorte, a eficácia, segurança e modo de ação da insulina NPH e regular no tratamento do diabetes está fundamentada por estudo, pesquisa e longa prática clínica.

Nessa esteira, a não padronização da insulinas análogas nos elencos de medicamentos do SUS para dispensação regular, nesse momento, se dá em função dos critérios técnico-científicos. Além disso, a insulinas fornecidas apresentam um custo mais elevado em relação à insulina NPH, cuja eficácia, segurança e custo estão compatíveis com o Sistema de saúde brasileiro, que apresenta a característica de ser universal e gratuito.

As evidências disponíveis não permitem identificar vantagens significativas em relação a utilização dos diferentes tipos de insulinas, considerando eficácia, segurança e comodidade. Diante do exposto, as insulinas fornecidas pelo

Ministério da Saúde (regular e a NPH) podem suprir as necessidades dos pacientes insulino-dependentes, desde que administradas corretamente.

Outrossim, necessário se faz evidenciar que não se está tratando de novos fármacos inovadores e que promoveriam uma melhora significativa na vida dos pacientes, com maior sobrevida com qualidade. A discussão envolve o tipo de insulina, onde um deles apresenta um mecanismo de ação diferente. Contudo, de acordo com a literatura científica, essa diferença no tempo de ação isoladamente, não está conclusivamente e comprovadamente relacionada com a redução dos sintomas crônicos do diabetes.

Com efeito, muito embora a saúde seja direito de todos e dever do Estado, esse direito não é absoluto e nem tampouco irrestrito, devendo ser garantido por meio da formulação de políticas públicas, ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e atividades preventivas, em consonância com o imperativo do artigo 196 da CF.

A Lei n. 11.347/2006 foi editada com o propósito de cumprir o disposto no art. 196 da CF no tocante à enfermidade denominada diabetes, dispondo acerca da distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à aplicação e monitoração da glicemia capilar aos portadores da doença inscritos no programa específico de educação para diabéticos.

Havendo toda uma política pública voltada ao tratamento e controle eficaz e seguro da doença em tela, inexistente omissão estatal quanto à doença em comento, não podendo o Poder Judiciário se imiscuir na tarefa típica do Executivo, em especial do Gestor de Saúde (que administra orçamento finito e previsto em lei) substituindo os programas públicos já existentes. Tal proceder implica na infringência ao art. 2º da Constituição Federal, que consagra o princípio da independência entre os Poderes e desconsidera os outros princípios constitucionais e legais atinentes à saúde, como a igualdade de tratamento e a universalidade do SUS. Nem se alegue que não cabe ao Poder Judiciário a implementação de políticas públicas.

4.5 A coletivização das ações e o indeferimento da Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204.

Com o propósito de tornar esse trabalho de conclusão de curso, uma ferramenta a mais, no auxílio as pessoas que pleiteiam medicamentos junto a Justiça, já que lhes foi negado na via administrativa, ou seja, pediram o referido medicamento receitado na secretária de saúde e o mesmo foi negado, por não estarem padronizados, ou não fazer parte da lista do RENAME.

Buscamos junto ao professor Luís Roberto Barroso, uma sintetização do sobre o tema da publicização das ações coletivas, no qual o autor com muita propriedade aborda o fornecimento de medicamentos pelo Estado com a inclusão de medicamentos não padronizados através de ações coletivas que peçam a tutela desse interesse.

Se faz oportuno trazer a tona o tema da coletivização diante da situação já que em Criciúma foi proposta uma ação civil pública de numero nº 5001439-79.2010.404.7204, que pleiteia os Análogos de Insulina, que teve o pedido de liminar indeferido.

Assim, a pesquisa se ateve a analisar os pedidos de Análogos de Insulina objetivando levantar as supostas causas que levaram o indeferimento do pedido de liminar na Ação Civil Pública e o deferimento do pedido de liminar nas Ações Individuais

Qualquer pessoa que necessite de um certo medicamento e não tenha condições de adquirir pode exigir este junto ao Estado.

O cidadão em exercício de seu pleno direito, tem a faculdade de buscar junto ao Poder Judiciário, o medicamento que necessita, para o pronto restabelecimento de sua saúde, caso o medicamento que lhe faz falta não faça parte da lista que o Poder Público preparou para a dispensação junto a população.

O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. (BARROSO. 2009. p. 323)

A Ação Individual é a forma que tem o cidadão de buscar o medicamento que necessita, incluindo no pólo passivo da ação a União, o Estado e/ou o Município.

O remédio a ser usado diante da falta de inclusão de medicamentos listados pelo Estado, seria o uso das Ações Coletivas. Esta, é a forma mais ajustada para buscar junto ao Poder Judiciário a obrigação do Estado em efetivar a inclusão de medicamentos nas listas já existente dos medicamentos padronizados para dispensação junto a população. (BARROSO. 2009. P. 324)

Sabendo que a inclusão deste medicamento deve acontecer de forma cautelosa já que tal inclusão dispense complexas avaliações técnicas que abrangem a ordem médica, orçamentária, administrativa, ressaltando-se que tais atribuições são de competência maior dos Poderes Legislativos e Executivos.

Importante frisar que nas ações coletivas que visam inserir medicamentos que já estão sendo pleiteados e deferidos em muitas ações individuais, deve-se usar de certa rigidez quanto a comprovada eficácia do medicamento no combate da doença o qual está proposto a combater e conseqüentemente trazer a cura ao paciente. (BARROSO. 2009. P. 323).

A pesquisa de campo foi realizada, junto a Segunda vara da Justiça Federal de Criciúma, onde desde 2008 tramitam as ações que pleiteiam medicamentos. Com dados fornecidos pela referida vara, tramitaram até o mês de maio de 2011, 891 ações pleiteando medicamentos diversos, dessas 891 ações cerca de 210 ações pleiteiam os Análogos de Insulina. Na pesquisa de campo, foram analisados 54 processos que figuram 25,70% do total de processos. Ressalta-se para essa análise ter caráter científico, seria necessário analisar 5%, segundo orientação do IPAT (Instituto de Pesquisas Ambientais e Tecnológicas da UNESC) do total de processos, ou seja, 11 processos, ficando então essa pesquisa, muito aquém da média exigida.

A Ação Civil Pública com pedido de liminar, tem como maior objetivo satisfazer a necessidade de todos os portadores ter acesso ao uso os Análogos de Insulina Colocando no pólo passivo a União e o Estado de Santa Catarina, nos seguintes termos:

Viabilizar o acesso dos portadores de diabetes mellitus tipo 1, mediante a implementação de Protocolo Clínico, aos análogos de insulina de longa e de curta duração, com o fim de otimizar o tratamento e promover a melhoria da qualidade de vida destes pacientes, assegurando o direito constitucional à

saúde na sua plenitude. (Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204 – Procurador Dr. Darlan Airton Dias).

O motivo que ensejou a propositura da referida ação civil pública, foi a constatação de ter se constatado que cerca de 20% das ações de medicamentos que naquela vara se referiam ao pedido de medicamentos para o tratamento da diabetes mellitus.

Antes da propositura da ação civil pública, a tentativa de pedido junto a Secretaria da Saúde para a dispensação gratuita restou infrutífera:

Em resposta (fls. 214/223), a Diretora de Assistência Farmacêutica da Secretaria de Estado da Saúde encaminhou o Ofício nº 148/10, informando que o processo de pedido de padronização dos análogos de insulina de curta e longa duração foi indeferido pela Comissão de Farmácia e Terapêutica, conforme cópia da Ata nº 23. Os argumentos para a não disponibilização das insulinas análogas são, basicamente, a existência de tratamento e controle da diabetes mellitus tipo 1 no SUS, a ausência de vantagens comprovadas dos análogos em relação às insulinas padronizadas, o fato de que um percentual dos pacientes com ações judiciais não seriam portadores de diabetes tipo 1, de modo que o Protocolo não seria seguido, além de não ser obrigação do Estado de forma isolada deliberar sobre padronização de medicamentos e da necessidade de avaliar o custo/benefício. (Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204 – Procurador Dr. Darlan Airton Dias).

Com robusta base legal e pareceres médicos, destacando como ponto principal a audiência pública realizada em No dia 13 de maio de 2010, no Município de Criciúma, com o intuito de colher subsídios técnicos e promover a discussão da viabilidade do fornecimento, pelo poder público de análogos de insulina de curta e longa duração para tratamento de diabetes mellitus tipo 1, mediante a implementação de Protocolo Clínico na Rede Pública de Saúde.

A petição inicial da Ação Civil Pública, traz o parecer do Dr. Genoir Simoni, Presidente da Associação Catarinense de Medicina acerca da qualidade de vida do paciente:

(...) que complicações são estas? Quais os cuidados e por que a gente se preocupa tanto? E estas são as principais, macrovasculares, para os grandes vasos, o infarto agudo do miocárdio, o derrame, o AVC, as lesões de grandes vasos periféricos, e a mionecrose diabético, ou seja, a degeneração progressiva do organismo, e as microvasculares que são as mais faladas, que é a rinopatia, a perda progressiva da visão, a nefropatia levando à insuficiência renal e muitos destes pacientes em hemodiálise é a principal de hemodiálise no Brasil, pacientes diabéticos, a perda da sensibilidade periférica, e além disso estas outras alterações como a dificuldade de esvaziamento gástrico, impotência sexual, sensibilidade diminuída dos órgãos internos e a cardiomiopatia, então desta forma a rinopatia é a principal causa de cegueira em adultos nos países desenvolvidos, afeta 2,5 milhões de pessoas no mundo, a nefropatia e a doença renal são a principal causa nos países desenvolvidos, 10 a 20% dos diabéticos morrem de insuficiência renal, a perda da sensibilidade periférica, com formação de úlceras nos pés, infecções, e amputações, tem os

pacientes diabéticos 40 vezes mais chances de ter do que pessoas normais, doenças cérebro-vasculares, os AVCs, duas vezes mais chances do que pessoas normais, também doenças cardiovasculares os pacientes diabéticos tipo 2 tem duas a quatro vezes mais chance de infarto agudo do miocárdio ou AVC do que os não diabéticos, e 80% dos diabéticos tipo 2 morrem de doenças cardiovasculares e eles morrem em média cinco a dez anos antes do que as pessoas normais, então vejam que é uma doença que leva progressivamente a uma deterioração precoce do ser humano [...] (Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204 – Procurador Dr. Darlan Aírton Dias).

Ao realizar um comparativo entre a insulina regular disponibilizada pelo SUS e os análogos, o médico assinala:

[...] comparando a NPH e as análogas, a forma de absorção das análogas ao longo das vinte e quatro horas ela se comportam muito semelhante em todos indivíduos, enquanto que a insulina NPH, observem, em cada indivíduo ela tem um mecanismo de ação diferente, e com isso provocará uma resposta diferente a cada paciente que a utilizar (...) não estou dizendo que a insulina de NPH é uma insulina ruim, isto tem que ficar bem claro, ela é uma insulina boa que tem indicação sim, mas que é preciso que nós possamos abrir mais um pouquinho e ver que algumas crianças vão se beneficiar muito com análogo comparado com a regular, e mais, aqui para vocês verem são indivíduos diferentes, a insulina NPH, observem que ela tem uma grande variabilidade de indivíduo para indivíduo na sua absorção e é por isso que ela trás alguns problemas quando a gente faz múltiplas doses. (...) Aqui para vocês entenderem, por que acontece aquilo lá, então a insulina NPH age desta forma, e a análoga ela atua homogeneamente ao longo das vinte e quatro horas, diminuindo com isto o grande problema que é a hipoglicemia, (...) Então as insulinas análogas, ela tem uma melhora da farmacocinética, ela tem efeitos mais previsíveis, ela possibilita estabelecer metas de controle basal e predeal, ela facilita, a facilidade para estabelecer o melhor momento para administração, a gente pode fazer de manhã, ao meio dia e de noite, e tem uma maior flexibilidade e a hemoglobina atingida, de sete que a gente também consegue com a NPH, (...). (Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204 – Procurador Dr. Darlan Aírton Dias).

A Diretora de Assistência Farmacêutica da Secretária de Saúde do Estado de Santa Catarina, Maria Tereza Agostini, manifestou-se basicamente no sentido de que a responsabilidade pelo fornecimento dos análogos de insulina aos pacientes que por alguma razão não se adaptarem às disponibilizadas pelo SUS seria do Ministério da Saúde, ou seja, da UNIÃO.

Extrai-se da petição inicial na Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204:

a) A ineficácia da Insulina NPH.:

Considerando que as insulinas NPH e Regular (disponibilizadas pelo SUS) não conseguem em todos os casos proporcionar o controle adequado da glicemia e a grande demanda de solicitações para fornecimento judicial dos análogos, foi elaborada pela Associação Catarinense de Medicina uma proposta de Protocolo Clínico para dispensação de análogos de insulina de longa e de curta duração para atendimento do paciente com diabetes mellitus tipo 1 na Rede Pública de Saúde – Programa de Otimização do

Diabetes tipo 1. (Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204 – Procurador Dr. Darlan Airton Dias).

b) Do preenchimento dos requisitos técnicos:

Não se pretende impor ao SUS o fornecimento indiscriminado de análogos de insulina para qualquer portador de diabetes mellitus. Ao contrário, o fornecimento seria condicionado ao preenchimento de pelos menos dois dos três critérios técnicos acima referidos. A implantação deste protocolo traria mais racionalidade ao fornecimento de análogos de insulina, que hoje já é feito por ordem judicial, caso a caso, sem critérios técnicos pré-definidos. Com a implantação do Protocolo, o fornecimento seria apenas administrativo, para os casos em que houvesse a comprovação do preenchimento dos critérios técnicos. Haveria, inclusive, a extinção das ações atualmente em tramitação.

c) Do fornecimento por outros entes da Federação:

Os análogos de insulina já são hoje fornecidos pelo SUS em outras unidades da Federação, como Paraná, Minas Gerais e Distrito Federal, consoante se denota dos documentos juntados às fls. 271/293, 336/362 e 294/309 do ICP. Nestas unidades da Federação, as respectivas Secretarias Estaduais/Distrital estabeleceram protocolos para fornecimento de análogos de insulina, de curta e longa duração.

d) Do protocolo sugerido em Santa Catarina:

O Protocolo Clínico sugerido pela Associação Catarinense de Medicina em muito se assemelha aos já implantados com sucesso em Minas Gerais, Paraná e Distrito Federal, todos com justificativas amparadas em estudos técnicos sobre o assunto, preocupação notável com a importância do controle glicêmico dos pacientes e com as consequências advindas da ocorrência de hiperglicemias ou hipoglicemias. (Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204 – Procurador Dr. Darlan Airton Dias).

e) Dos pedidos na Ação Civil Pública a ser deferido destaca-se:

b) a concessão imediata, initio litis e inaudita altera pars, sem justificação prévia, da medida liminar consistente na determinação ao ESTADO DE SANTA CATARINA que implante o Protocolo Clínico sugerido pela Associação Catarinense de Medicina e forneça aos pacientes portadores de diabetes mellitus, tipo 1, residentes na Subseção Judiciária de Criciúma/SC e que se enquadrem nos critérios do Protocolo Clínico, os análogos de insulina de longa (glargina e levemir) e de curta (aspart e lispro) duração, de acordo com a prescrição médica, através de suas Secretarias Regionais de Saúde ou com apoio das Secretarias Municipais de Saúde, e à UNIÃO que compre ou repasse a verba necessária à aquisição dos análogos de insulina na quantidade e pelo tempo necessário ao respectivo tratamento (art. 12 e art. 16, ambos da Lei 7.347/85 c.c. art. 461, §3º, CPC);

c) após o deferimento da medida liminar, requer a suspensão de todas as ações civis públicas e ordinárias cujo objeto seja a disponibilização individual dos análogos de insulina de curta e de longa duração, nos termos do art. 265, IV, “a”, do CPC. (Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204 – Procurador Dr. Darlan Airton Dias).

4.6 Do indeferimento do pedido de liminar na Ação Civil Pública.

Da decisão prolatada pelo Magistrado Dr. Germano Alberton Junior, na data do dia 24 de agosto de 2010, que indeferiu o pedido de liminar pleiteado na Ação Civil Pública, observou-se vários pontos que motivaram sua decisão, dentre eles destacamos:

a) Limitação no que deve ser fornecido:

Ocorre que a questão não se esgota no 'para quem' e no 'para que' o Estado deve fornecer tratamento; é preciso delimitar 'o que' deve ser fornecido. A discussão sobre 'o que' se deve fornecer, na verdade, veicula questão quanto aos meios para o atendimento da norma constitucional.

b) A existência de vários meios para o controle do Diabetes:

Se há apenas um meio possível a questão se resolve de forma simples, ou seja, com a adoção do meio. Mas, quando são vários os meios possíveis para atendimento de um fim abre-se a possibilidade de escolha. E a possibilidade de escolha envolve, de um lado, a competência para escolha, ou seja, 'quem escolhe' e, de outro, a forma dessa escolha 'como se escolhe'.

c) Adequação ao meio escolhido:

A adequação do meio escolhido resta caracterizada quando demonstrada a eficácia do tratamento para a cura ou para o controle da doença. Neste ponto, cabe fixar que, havendo possibilidade de cura, o meio somente pode ser considerado adequado se for apto a isso. O meio que apenas represente controle de uma doença curável não pode ser considerado igualmente adequado.

d) A necessidade do meio escolhido:

A necessidade do meio liga-se à regra que afasta a utilização de um meio que restringe outros princípios ou regras em favor do meio que não gera tais restrições. Assim, havendo dois meios possíveis, leia-se igualmente adequados, o Estado deve optar pelo que, por exemplo, represente menor custo ao Erário ou que cause menores efeitos colaterais para o paciente. A propósito, as reações adversas de um determinado medicamento constituem elemento a ser considerado no subpreceito necessidade.

e) A proporcionalidade do meio escolhido:

Por fim, havendo vários meios que atendem de forma desigual ao fim pretendido e possuindo eles reflexos restritivos distintos quanto a outras normas, necessário recorrer ao subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito. Neste subpreceito, haverá a ponderação entre os interesses em jogo, de modo que um seja reconhecido como prevalente nas condições concretas.

f) O princípio orçamentário:

É preciso avaliar se a importância da promoção do direito à saúde, no caso concreto, justifica a intensidade de restrição de outras normas

constitucionais, tais como as vinculadas ao princípio orçamentário, ao princípio democrático, à igualdade e outros.

A realização da ponderação, nesse contexto, exige que sejam relacionadas e avaliadas as diversas circunstâncias presentes no caso concreto. Uma das principais limitações em sede de prestações estatais é a insuficiência de recursos financeiros. Os recursos de que dispõe o Estado são escassos e insuficientes ao atendimento de todas as necessidades dos indivíduos, motivo pelo qual devem ser distribuídos e utilizados em todas as áreas nas quais o Estado esteja obrigado a atuar.

g) A adequação ao tratamento:

É preciso, então, que se demonstre: (1) que o medicamento prescrito é adequado ao tratamento da doença; (2) que o paciente tenha buscado tratamento junto à rede pública; (3) que os medicamentos disponibilizados pela rede pública para tratamento da doença sejam inadequados/inefazes ao paciente; (4) que os medicamentos pedidos sejam necessários, ou seja, os únicos aptos ao tratamento da moléstia.

h) A gratuidade da Insulina já fornecida pelo Poder Público:

Determina a referida lei que os portadores de diabetes receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde - SUS, os medicamentos necessários para o tratamento de sua condição e os materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar.

O legislador assegurou que os medicamentos e materiais a serem disponibilizados serão aqueles selecionados pelo Ministério da Saúde (§ 1º do art. 1º), mas que tal escolha deve ser revista anualmente, ou sempre que se fizer necessária, a fim de que o tratamento seja adequado ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos, tecnologias e produtos no mercado (§ 2º do art. 1º). Ao lado dessas obrigações impostas ao Poder Público, o Legislador condicionou o acesso a tais medicamentos e produtos à inscrição do paciente em programa de educação especial para diabéticos (§ 3º do art. 1º).

i) A eficácia do medicamento já fornecido:

Em regra, se os medicamentos fornecidos pela Administração são adequados não há, a princípio, direito do indivíduo de optar por um outro medicamento à custa da Administração. Todavia, demonstrado que os meios (medicamentos) escolhidos pela Administração são inefazes, no caso concreto, à promoção do fim pretendido (saúde/vida), seja por não serem eficientes para o tratamento da moléstia por alguma singularidade, seja por gerarem efeitos colaterais severos, deve a Administração lançar mão de outro meio, apto ao atendimento dos fins pretendidos.

j) A Inadequação dos Análogos de Insulina:

A insulina Glargina e demais Análogos não estão padronizados em nenhum dos programas do Ministério da Saúde, o qual é responsável pela seleção e definição dos medicamentos a serem fornecidos pelos referidos programas. Por esse motivo, não poderá ser disponibilizado no momento.

Como alternativa terapêutica, as Unidades Locais de Saúde municipais (postos de saúde) devem disponibilizar a insulina NPH e a insulina humana Regular, conforme Portaria nº 2.982 de 26 de novembro de 2009, que regulamenta a Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. De acordo com esta Portaria, a responsabilidade de aquisição e distribuição deste medicamento é do Ministério da Saúde que repassa às Secretarias de Saúde dos Estados, e estas por sua vez, encaminham aos municípios.

Cabe salientar que estudos comparando a utilização de insulina glargina e insulina NPH no tratamento do diabetes mellitus tipo 1 concluíram que uma

dose diária de insulina glargina é tão efetiva quanto duas doses de insulina NPH no controle da glicemia (HERSHON, 2004; MASSI, 2003).

k) A não identificação de vantagens do Análogos:

As evidências disponíveis não permitem identificar vantagens significativas em relação a utilização dos diferentes tipos de insulinas, considerando eficácia, segurança e comodidade. Diante do exposto, as insulinas fornecidas pelo Ministério da Saúde (regular e a NPH) podem suprir as necessidades dos pacientes insulino-dependentes, desde que administradas corretamente. Ainda não foi confirmada a real relevância clínica das novas insulinas em relação as insulinas convencionais (NPH e Regular) (WANNMACHER, 2005).

l) A falta de subsídios:

Enquanto não colhidos maiores subsídios científicos, é de ser reconhecida, em favor da administração, a 'margem de ação' para escolha dos meios de atendimento às políticas estabelecidas constitucionalmente, mantendo-se a atualmente em vigor.

m) O ônus financeiro:

De outro lado, e não menos importante, é a delimitação dos ônus financeiros decorrentes da implementação da medida pretendida pelo Ministério Público Federal (alteração do protocolo clínico e diretrizes terapêuticas para tratamento dos pacientes com diabetes mellitus nesta subseção judiciária).

Foram estes os parâmetros utilizados pelo Magistrado ao Indeferir o pedido de liminar formulado pelo Ministério Público Federal, além de argumentar que a Constituição Federal assegura aos indivíduos o direito de receberem prestações positivas que promovem do direito à saúde, também é certo que o cumprimento dos princípios sofrem limitações jurídicas e fáticas que precisam ser consideradas numa discussão quanto à implementação de novas políticas públicas ou de sua modificação. E que o cumprimento de uma norma constitucional não pode, sem a devida fundamentação, representar pura e simplesmente a desconsideração de outras normas também albergadas constitucionalmente.

4.7 Do deferimento do pedido de liminar nas ações individuais.

Diante da pesquisa de campo realizada junto a 2^a Vara da Justiça Federal de Criciúma, analisando o deferimento nas ações individuais, observou-se alguns pontos básicos e até rotineiros que motivaram o deferimento das liminares, dentre eles destacamos:

a) Da obrigação Estatal:

O dispositivo assegura aos indivíduos ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e atribui ao Estado a obrigação de cumprir tais ações. O Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar acerca da efetividade do dispositivo, tem, reiteradamente, declarado tratar-se de norma de eficácia imediata, apta a conferir direitos subjetivos aos indivíduos.

b) Do direito subjetivo:

O precedente não deixa dúvidas acerca do direito subjetivo dos indivíduos, frente ao Poder Público, de receber deste os meios adequados e necessários à proteção da saúde. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal reconhece a justiciabilidade desse direito, ou seja, a possibilidade de obter, no Poder Judiciário, proteção contra eventual lesão (por ação ou omissão) ou ameaça de lesão.

Do direito de exigir do Estado:

Tem-se entendido, de forma quase pacífica na jurisprudência, que o direito à saúde, consagrado no art. 196, da CF/88, confere ao seu titular (ou seja, a todos) a pretensão de exigir diretamente do Estado que providencie os meios materiais para o gozo desse direito, como, por exemplo, forneça os medicamentos necessários ao tratamento ou arque como os custos de uma operação cirúrgica específica.

c) Do meio escolhido ser ineficaz:

Todavia, demonstrado que os meios (medicamentos/tratamentos) escolhidos pela Administração são ineficazes, no caso concreto, à promoção do fim pretendido (saúde/vida), seja por não serem eficientes para o tratamento da moléstia por alguma singularidade, seja por gerarem efeitos colaterais severos, deve a Administração lançar mão de outro meio, apto ao atendimento dos fins pretendidos.

d) Da adequação e eficiência ao caso:

É preciso, então, que se demonstre: (1) que o medicamento prescrito é adequado ao tratamento da doença; (2) que o paciente tenha buscado tratamento junto à rede pública; (3) que os medicamentos disponibilizados pela rede pública para tratamento da doença sejam inadequados/ineficazes ao paciente; (4) que os medicamentos pedidos sejam necessários, ou seja, os únicos aptos ao tratamento da moléstia. Compulsando os autos, verifica-se que a petição inicial e documentos juntados demonstram, em princípio, o cumprimento de tais circunstâncias.

e) Da declaração médica:

A declaração médica anexada aos autos informa que o Autor necessita de Insulina Lantus, uma vez que o tratamento com a Insulina NPH, fornecida pelo SUS, provoca hipoglicemia grave, com risco de morte e dificuldade maior no controle, provocando complicações crônicas do diabetes.

f) Do receituário médico:

O receituário anexado aos autos prescreve o uso da Insulina LANTUS® e Insulina NOVORAPID®.

g) Da negativa da Secretária Municipal de Saúde:

Em contrapartida, verifica-se junto à negativa da Secretaria Municipal do Sistema de Saúde de Criciúma, que o Município de Criciúma não fornece este tipo de medicamento na rede Básica de Saúde.

h) Da demora na prestação:

A demora na prestação jurisdicional, por certo, aniquilaria o direito da parte autora, haja vista que, diante da possibilidade de agravamento da doença se for privada da terapia adequada. Esse argumento, aliás, tem sido acolhido pela jurisprudência do TRF da 4ª Região para autorizar a concessão liminar de medicamentos para o tratamento de Hepatite C.

i) Da não Padronização:

O fato de alguns medicamentos/exames requeridos não estarem padronizados é irrelevante na espécie, porquanto, uma vez demonstrada a efetiva necessidade na utilização dos mesmos e a incapacidade financeira da parte autora em custeá-los, pelos motivos já expostos, o Estado deve ser compelido a proporcioná-los.

j) Do tratamento mais adequado:

Sendo assim, observada a peculiaridade do caso concreto e tendo o médico assistente, vinculado ao Sistema Único de Saúde, indicado o tratamento requerido como o mais adequado frente à doença diagnosticada, é de ser deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, sem prejuízo de nova apreciação após agregados outros elementos de prova.

4.8 Do indeferimento do pedido de liminar nas ações individuais.

Diante da pesquisa de campo realizada junto a 2ª Vara da Justiça Federal de Criciúma, analisando o indeferimento nas ações individuais, observou-se que um numero muito pequeno de pedidos de liminar foram indeferidos, cerca de 6%, por pontos básicos e rotineiros quase todos motivados por falta de documentos nos autos os demais motivos estavam sob a rubrica de um único Magistrado motivando o indeferimento. Dentre eles destacamos:

a) Da alteração da cobertura:

A alteração da cobertura proporcionada pelo Estado a uma ou a um pequeno grupo de pessoas constitui-se em diferenciação que, apesar de não vedada/impedida constitucionalmente, exige a demonstração da existência de elementos de fato que sejam aptos a servir de fundamento para a discriminação.

b) Da adequação e eficiência:

É preciso, então, que se demonstre: (1) que o medicamento prescrito é adequado ao tratamento da doença; (2) que o paciente tenha buscado tratamento junto à rede pública; (3) que os medicamentos disponibilizados pela rede pública para tratamento da doença sejam inadequados/ineficazes ao paciente; (4) que os medicamentos pedidos sejam necessários, ou seja,

os únicos aptos ao tratamento da moléstia. Compulsando os autos, verifica-se que a petição inicial e documentos juntados não demonstram o cumprimento, integral de tais circunstâncias.

c) Da não padronização:

Verifica-se, outrossim, junto às informações colhidas no sítio eletrônico da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina, link da Diretoria de Assistência Farmacêutica – DIAF, que os medicamentos Insulina LANTUS® (Glargina) e ACTOS® (Pioglitazona) não estão padronizados, mas apresentam substitutos disponibilizados gratuitamente.

d) Da falta de justificação:

Com efeito, em que pese o diagnóstico e a prescrição médica, não houve qualquer justificação para afastar a utilização da medicação disponível a toda a população pela rede Pública. Não há demonstração de que os medicamentos fornecidos pela Administração são/foram totalmente ineficazes ao tratamento da doença.

e) Do não cumprimento das etapas administrativas:

No caso dos autos, as etapas administrativas não foram observadas pela Autora. Com efeito, não houve demonstração de inscrição no programa governamental para pacientes de Diabetes Mellitus ou demonstração de negativa de acesso à formalização de tal inscrição. Não foi realizada avaliação pela Equipe de Saúde referida na Portaria n.º 2.583/2007.

f) Do atestado médico:

Conforme já mencionado, o atestado anexado aos autos apenas informa que a Autora é portadora de Diabetes Mellitus tipo 2, e que necessita de Insulina LANTUS® (Glargina).

4.9 Quadro comparativo entre a Ações Civil Pública e as Ações Individuais.

PRINCIPAIS PONTOS DO PEDIDO DE LIMINAR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	DESPACHO DO MAGISTRADO INDEFERINDO O DO PEDIDO DE LIMINAR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA
<p>a) Objetivo de implementar protocolo clínico aos Análogos de Insulina.</p> <p>b) Pedido dos Análogos de Insulina junto a secretaria de saúde foi infrutífero.</p> <p>c) Parecer do médico endocrinologista Dr. Genoir Simoni, presidente da Associação Catarinense de Medicina favorável a implementação do protocolo aos Análogos de Insulina.</p> <p>d) Ineficácia da insulina NPH, por não controlar todos os casos do diabetes.</p> <p>e) Fornecimento pelo SUS não será de forma indiscriminada, mas com preenchimento de requisitos técnicos</p> <p>f) O SUS já fornece os Análogos de Insulina nos estados do PR, MG e DF.</p> <p>g) Protocolo clínico a ser implantado em SC, se assemelha ao que foi implantado no PR, MG e DF.</p> <p>h) Determinar ao Estado que implante o protocolo clínico aos Análogos de Insulina pela Federação Catarinense de Medicina.</p>	<p>a) Necessidade de mostrar “para que” e “para quem” dever ser fornecido os Análogos de Insulina.</p> <p>b) Existem vários meios para o controle do diabetes.</p> <p>c) O meio escolhido pode não ser o meio mais eficaz para o tratamento.</p> <p>d) Se existe dois meios de combater a doença, o Estado deve escolher o de menor custo.</p> <p>e) Recursos escassos do Estado para atender as necessidades individuais.</p> <p>f) Se aplicar os insuficientes do Estado nessa necessidade individual como fica as outras obrigações Estatais.</p> <p>g) É necessário demonstrar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se o medicamento é adequado a doença. 2. Se o paciente buscou o tratamento na rede pública. 3. Se o medicamento disponibilizado na rede pública é inadequado ao tratamento requisitado. 4. Se o medicamento pleiteado é adequado a moléstia. <p>h) Existe um programa de educação especial para os diabéticos.</p> <p>i) Os Análogos de Insulina não estão padronizados em nenhum programa de saúde do Ministério da Saúde.</p> <p>j) Os Análogos de Insulina não tem vantagens evidentes sobre a insulina NHP fornecida pelo Estado.</p> <p>k) Falta de subsidio científico.</p> <p>l) Ônus financeiro alto para o Estado</p>

DESPACHOS DOS MAGISTRADOS DEFERINDO OS PEDIDOS DE LIMINAR NAS AÇÕES INDIVIDUAIS	DESPACHOS DOS MAGISTRADOS INDEFERINDO OS PEDIDOS DE LIMINAR NAS AÇÕES INDIVIDUAIS
<p>a) É obrigação do Estado, garantir a saúde como um direito subjetivo.</p> <p>b) O precedente não deixa dúvida a cerca do direito subjetivo.</p> <p>c) É direito do cidadão exigir do Estado o direito a saúde consagrado no artigo 196, da Constituição Federal.</p> <p>d) Foi demonstrado que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. O medicamento é adequado a doença. 2. O paciente buscou o tratamento na rede pública e não obteve. 3. O medicamento disponibilizado na rede pública é inadequado ao tratamento requisitado. 4. O medicamento pleiteado é adequado a moléstia. <p>e) Declaração médica informa a necessidade do medicamento para o tratamento da doença.</p> <p>f) O Receituário médico prescreve a insulina Lantus ou a Humalog.</p> <p>g) Houve a negativa da Secretária Municipal de Saúde no fornecimento dos Análogos de Insulina.</p> <p>h) A demora na prestação jurisdicional aniquilaria o direito do autor.</p> <p>i) O fato de não estarem padronizados é irrelevante.</p> <p>j) O médico assistente do paciente indicou tal medicamento e o pedido deve ser deferido.</p>	<p>a) Cobertura a um pequeno número de pessoas que constitui uma diferenciação.</p> <p>b) É necessário demonstrar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se o medicamento é adequado a doença. 2. Se o paciente buscou o tratamento na rede pública. 3. Se o medicamento disponibilizado na rede pública é inadequado ao tratamento requisitado. 4. Se o medicamento pleiteado é adequado a moléstia. <p>c) Os Análogos de Insulina não estão padronizados.</p> <p>d) Falta de justificativa para não usar a insulina NPH disponível na rede pública.</p> <p>e) Falta de cumprimento das etapas administrativas.</p> <p>f) Laudo médico afirma que o paciente tem o diabetes e não que precisa da Insulina.</p>

5 CONCLUSÃO.

No presente trabalho viu-se que o cidadão tem o direito de exigir o acesso a medicamentos que garantam sua plena saúde.

O nascimento dos direitos humanos e sua contextualização histórica nos mostra que desponta no século XVIII, o primeiro indicio de proteção individual, passando pela idade média, idade moderna, revolução francesa, e o compromisso e afirmação da garantia dos novos direitos com a constituição de Weimar. Lembrando que a evolução dos direitos fundamentais foi marcado por muitas lutas e sofrimentos das pessoas de cada época.

As gerações dos direitos fundamentais já se fazem presentes na sua quarta dimensão, que trata da posição política do individuo dentro de um contexto global.

A eficácia dos direitos fundamentais nos leva a sua efetivação dentro de nossa Constituição Federal, que elenca em seu texto o direito a saúde, reconhecido como um direito fundamental. Criando o SUS, como maneira de efetivar e facilitar administrativamente esse acesso a saúde, que muitas vezes não é capaz de proporcionar esse direito de forma efetiva, vindo à pessoa buscar essa efetivação pela via judicial. Sendo que muitas vezes o Estado fica a sombra da reserva do possível, para se esquivar de tal obrigação.

O diabetes doença silenciosa, que afeta grande numero da população, torna a pessoa dependente da Insulina, já que o pâncreas, órgão responsável pela produção de tal hormônio, não mais o produz, sendo necessário administração se dose diária.

Dentre o grande numero de ações individuais que tramitam na Justiça Federal de Criciúma que buscam medicamentos, cerca de 25% pleiteiam os Análogos de Insulina. Dessas ações individuais 94% tem seu pedido liminar deferido e 6% indeferido, na pesquisa concluiu-se que esse percentual de indeferimento teve dois motivos básicos: indeferidos sob a rubrica de um único Magistrado que não entendeu tal direito e a má instrução do processual.

O Ministério Público Federal também promoveu ações individuais encaixando-se nos percentuais acima e obteve sucesso, tendo as liminares deferidas para o pronto fornecimento dos Análogos de Insulina. Porém diante do

grande numero de ações individuais, propôs uma Ação Civil Pública pleiteando o mesmo que se buscava nas ações individuais: implementar o protocolo clínico aos Análogos de Insulina garantido que toda coletividade portadora do diabetes tivesse o acesso a esse medicamento, ou seja, que todos os portadores de diabetes tipo 1 tivessem acesso ao medicamento sem precisar entrar com ação individualmente. Mas na Ação Civil Pública o pedido de liminar foi indeferido pelo Magistrado que alegou como principais motivos: a) necessidade de mostrar “para que” e “para quem” dever ser fornecido os Análogos de Insulina; b) existem vários meios para o controle do diabetes; c) o meio escolhido pode não ser o meio mais eficaz para o tratamento; d) se existem dois meios de combater a doença, o Estado deve escolher o de menor custo; e) recursos escassos do Estado para atender as necessidades individuais; f) se aplicar os insuficientes recurso do Estado nessa necessidade individual como fica as outras obrigações Estatais; g) é necessário demonstrar: 1. Se o medicamento é adequado a doença, 2. Se o paciente buscou o tratamento na rede pública, 3. Se o medicamento disponibilizado na rede pública é inadequado ao tratamento requisitado, 4. Se o medicamento pleiteado é adequado a moléstia; h) existe um programa de educação especial para os diabéticos; i) os Análogos de Insulina não estão padronizados em nenhum programa de saúde do Ministério da Saúde; j) os Análogos de Insulina não tem vantagens evidentes sobre a insulina NHP fornecida pelo Estado; k) falta de subsidio científico; l) ônus financeiro alto para o Estado se efetivar tal procedimento.

O Magistrado que indeferiu o pedido de liminar na Ação Civil Pública por diversas vezes despachou como seus colegas deferindo o pedido de liminar nas ações individuais, mostrando uma absurda discrepância diante do indeferimento da Ação Civil Pública e do deferimento nas ações individuais, comungando os despachos, e porque não dizer: despachos padronizados, com seus colegas os motivos do deferimento da liminar: a) é obrigação do Estado, garantir a saúde como um direito subjetivo; b) O precedente não deixa dúvida a cerca do direito subjetivo, c) É direito do cidadão exigir do Estado o direito a saúde consagrado no artigo 196, da Constituição Federal; d) Foi demonstrado que: 1. O medicamento é adequado a doença, 2. O paciente buscou o tratamento na rede pública e não obteve, 3. O medicamento disponibilizado na rede pública é inadequado ao tratamento requisitado, 4. O medicamento pleiteado é adequado a moléstia; e) declaração médica informa a necessidade do medicamento para o tratamento da doença; f) o

Receituário médico prescreve a insulina Lantus ou a Humalog; g) houve a negativa da Secretária Municipal de Saúde no fornecimento dos Análogos de Insulina; h) a demora na prestação jurisdicional aniquilaria o direito do autor; i) o fato de não estarem padronizados é irrelevante; j) O médico assistente do paciente indicou tal medicamento e o pedido deve ser deferido.

Diante da falta de coerência, ou seja, da diferença entre os despachos onde um diz “sim” e o outro diz “não” diante do mesmo pedido, nos parece que existe uma resistência em onerar o Estado frente à necessidade do medicamento suplicado pelo portador do diabetes. Há de se pensar no abarrotamento de ações individuais na Justiça Federal que buscam os Análogos de Insulina, onde diariamente são propostas novas ações; isso também gera custos para o Estado, gera mais trabalho para o Poder Judiciário, mais morosidade nas ações em geral, mais insatisfação na população e mais sofrimento para quem possui a enfermidade e seus familiares. O simples deferimento da Ação Civil Pública, eliminaria todo problema do elevado numero de ações individuais, dando celeridade a justiça e abrangendo a coletividade portadora do diabetes.

Não vamos nos ater a detalhes, mas não se pode deixar de tecer um breve comentário a respeito do controle glicêmico que leva à manutenção da qualidade de vida do paciente e, ao revés, se não tratada adequadamente, com a aplicação da insulina correta, leva à incidência de uma série de complicações como: o infarto agudo do miocárdio, o derrame, o AVC, as lesões de grandes vasos periféricos, e a mionecrose diabético, ou seja, a degeneração progressiva do organismo, e as microvasculares que são as mais faladas, que é a rinopatia, a perda progressiva da visão, a nefropatia levando à insuficiência renal e muitos destes pacientes em dificuldade de esvaziamento gástrico, impotência sexual, sensibilidade diminuída dos órgãos internos e a cardiomiopatia dentre outras. Todas essas enfermidades associadas ao diabetes, tem como ponto final os hospitais, medicamentos, cirurgias, procedimentos, consultas, custos esses que também vão onerar o Estado.

Mantendo a posição de negar a implantação do protocolo clínico aos Análogos de Insulina aos portadores do diabetes tipo 1, de uma forma ou de outra o Estado acaba tendo uma despesa que pode-se dizer muitas vezes superior se acatasse o pedido e dispensasse o medicamento ora suplicado, trazendo ao cidadão

uma melhor qualidade de vida, tendo um convívio pacífico com a enfermidade, e o Estado efetivando a execução de sua prestação a obrigacional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Centro de estudios constitucionales. Madrid: Imprensa Farezo, 1993.

BECKER, Daniel. **No seio da família: a amamentação e promoção da saúde no Programa de Saúde da Família**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental a saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 2002.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde: compêndio**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: ed. Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 187).

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. **Direitos humanos: fundamentos, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2007.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio. **Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e Direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

XAVIER, Francisco Candido. **Os Mensageiros**. 3 ed. São Paulo: FEB, 2009.

(Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395 – Acessado em: 10 de março de 2011.)

(Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm - Acessado em 06 de Março de 2011)

(Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm - acessado em: 08 de março de 2011).

(Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395 – Acessado em: 10 de março de 2011).

Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>. Acesso em 22/04/2011.